

# البيان

في مذهب الإمام الشافعي

تأليف  
الشيخ الجليل الفقيه العلامة إمام عصره وفريد دهره  
أبي الحسين يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني الشافعي اليمني  
رحمه الله تعالى  
(٤٨٩-٥٥٨ هـ)

اعتنى به  
قاسم محمد النوري

المجلد الثامن

اللقيط - الوقف - الهبة - الوصايا  
العق - المكاتب - عتق أمهات الأولاد

دار المنهج  
للطباعة والنشر والتوزيع

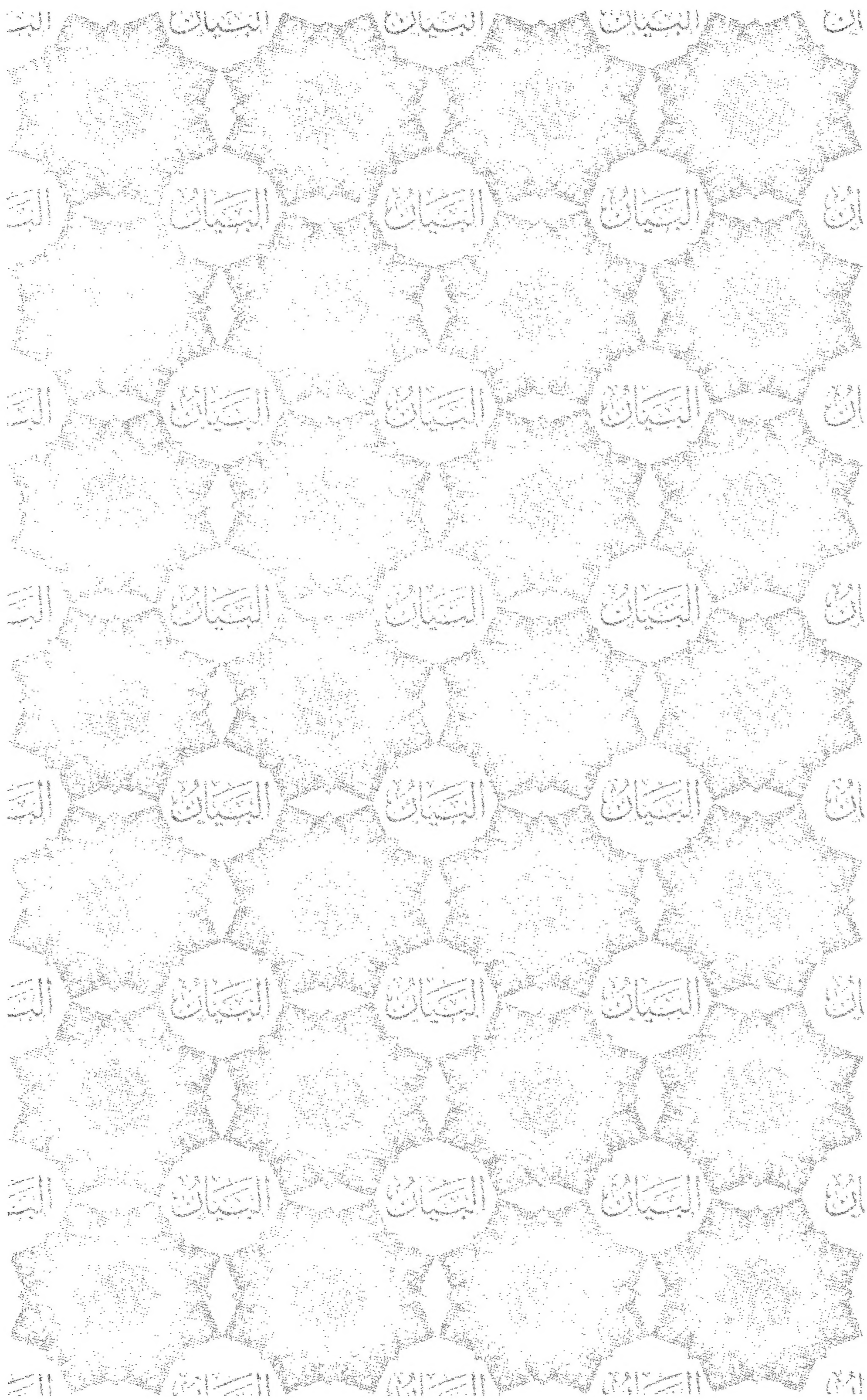
الطبع والترجمة والاقتباس محفوظة  
لدار المنهاج  
للطباعة والنشر والتوزيع



البَيِّنَاتُ  
عَنْ  
فِي مَذْهَبِ الْإِمَامِ الشَّافِعِيِّ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

# کتاب القیظ



## كتاب اللقيط

اللقيطُ ، والملقوطةُ ، والمنبوذُ<sup>(١)</sup> : أسمٌ للطفل الذي يوجد مطروحاً . وهو  
 فعيلٌ : بمعنى مفعولٌ ، كما يقال للمقتول : قتلٌ ، وللمدهون : دهينٌ .  
 والتقاطُ المنبوذ فرضٌ ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى ﴾ [المائدة : ٢] فأمرَ  
 بالمعاونة على البرِّ ، وهذا من البرِّ .  
 وقوله تعالى : ﴿ وَأَفْعَلُوا الْخَيْرَ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ ﴾ [الحج : ٧٧] فأمرَ بفعلِ  
 الخير ، وهذا من فعلِ الخير .  
 وقوله تعالى : ﴿ وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ ﴾ [التوبة : ٧١] والوليُّ يلزمه حفظُ  
 المولى عليه .  
 وقوله تعالى : ﴿ وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا ﴾ [المائدة : ٣٢] .  
 فقيل : معناه : له ثوابٌ من أحيا الناسَ كلُّهم . وفي أخذِ اللقيطِ إحياءٌ له ، فكانَ  
 واجباً ، كبذلِ الطعامِ للمضطرِّ .  
 إذا ثبتَ هذا : فإنَّ التقاطَه فرضٌ على الكفاية إذا قامَ به بعضُ الناسَ . . سقطَ عنِ  
 الباقيين . وإن تركوه . . أثمَ جميعُ من علمَ به ، كما نقولُ في غسلِ الميتِ وتكفينه  
 والصلاةِ عليه .

(١) ويقال له أيضاً : الدعِي . وشرعاً : مولود طرحه أهله خوفاً من العيلة ، أو فراراً من التهمة ،  
 ويدلُّ على التقاطِ المنبوذ قول رسول الله ﷺ : « المسلم أخو المسلم ، لا يظلمه ولا  
 يُسلمه . . . » أخرجه عن عبد الله بن عمر البخاري ( ٢٤٤٢ ) في المظالم ، ومسلم  
 ( ٢٥٨٠ ) في البر والصلة ، يقال : أسلم فلان فلاناً إذا ألقاه إلى الهلكة ولم يحمه من عدوه ،  
 وهو عام في كل من أسلم لغيره ، والله أعلم .



## مسألة : [حرية اللقيط] :

وإذا وجد لقيط مجهول الحال . . حكم بحرئته ؛ لما روى سنن أبو جميلة - رجل من بني سليم - قال : ( وجدت منبوزاً على عهد عمر رضي الله عنه ، فأخذته ، فذكره عريفي لعمر رضي الله عنه ، فلما رأي . . قال : عسى الغوير أبوساً ، فقال عريفي : يا أمير المؤمنين إنه رجل صالح ، لا يئتهم في ذلك ، فقال عمر : أهو كذلك ؟ قال : نعم ، فقال عمر : اذهب فهو حر ، ولاؤه لك ، وعلينا نفقته )<sup>(١)</sup> .

وفي بعض الروايات : ( ونفقته من بيت المال )<sup>(٢)</sup> . وإنما أراد عمر بهذا : أي لعل هذا الرجل الذي وجدته هو صاحب المنبوز . فقال : ( عسى الغوير أبوساً )<sup>(٣)</sup> ، حتى أثنى عليه عريفة خيراً . وهذا مثل لكل شيء يخاف منه أن يأتي بشر .

قال الأصمعي : و ( الأبوُس ) : جمع البأس . وأصل هذا : أن غاراً كان فيه ناس ، فأنهار عليهم الغار ، فماتوا . وقيل : أتاهم فيه عدو فقتلهم ، فصار ذلك مثلاً لكل أمر يخاف منه ، ثم صغر الغار فقليل : غوير .

(١) أخرجه عن سنن أبي جميلة مالك في « الموطأ » ( ٧٣٨ / ٢ ) ، والشافعي من طريقه في « الأم » ( ٢٩٣ / ٣ ) ، و « ترتيب المسند » ( ٤٥٦ / ٢ ) ، والبغوي في « شرح السنة » ( ٢٢١٣ ) ، والبيهقي في « السنن الكبرى » ( ٢٠١ / ٦ - ٢٠٢ ) في اللقطة بإسناد صحيح ، والبخاري تعليقاً في الشهادات ، باب ( ١٦ ) : إذا زكّي رجل رجلاً كفاه . وقال أبو جميلة : وجدت منبوزاً فلما رأي عمر قال : ( عسى الغوير أبوساً ) كأنه يتهمني . قال عريفي : إنه رجل صالح . قال : ( كذلك ، اذهب وعلينا نفقته ) . وتحرف في مطبوع « ترتيب المسند » سنن إلى سفيان بن جميلة .

(٢) أخرجه عن سنن أيضاً عبد الرزاق في « المصنف » ( ١٣٨٣٩ ) و ( ١٣٨٤٠ ) في باب اللقيط . وعن رجل عند عبد الرزاق في « المصنف » ( ١٣٨٣٨ ) .

(٣) مثل أورده الميداني في « مجمع الأمثال » ( ٤٧٧ / ١ ) . الغوير : تصغير غار . الأبوُس - جمع بوُس - : وهو الشدة . وأصل هذا المثل فيما يقال : من قول الزباء . والمثل يضرب للرجل فيقال له : لعل الشر جاء من قبلك . والزباء : تمد وتقصّر ، ومذكرها أزب : أي كثير الشعر ، وقيل : كان لها شعر إذا مشت سحبتة وراءها ، وإذا نشرته جللها . كانت فصيحة جميلة كبيرة الهمة أعادت مملكة أبيها وقتلت جذيمة بعد مهادنته وخطبته .

وقال الكلبِيُّ : ( الغُويرُ ) ماءٌ لكلبٍ ، يسمَّى الغُويرَ . وقال : وهذا المثلُ إنما تكلمتُ به الزبَّاءُ ، وذلك أنَّها وَجَّهَتْ قَصيراً اللَّخْمِيَّ بَعِيرٍ لِيَحْمِلَ إِلَيْهَا مِنْ بَزِّ الْعِرَاقِ ، وكانَ يَطْلُبُهَا رجالٌ جَذِيمةُ الأبرشِ ، فحملَ الأحمالَ صناديقَ - وقيلَ : غرائِرُ<sup>(١)</sup> - وجعلَ في كلِّ واحدٍ منها رجلاً مَعَهُ السلاحُ ، ثمَّ تنكَّبَ<sup>(٢)</sup> بهم على الغويرِ ؛ لأنَّه طريقٌ مَنهَجٌ ، فسألتُ عنه ، فأخبرتُ أنَّه تنكَّبَ بالبعيرِ على الغويرِ ، فقالتُ : ( عسى الغويرُ أبُوساً ) أي : عسى أنَّ ذلكَ الطريقَ يأتيها منه شرٌّ ، وأستنكرتُ حاله .

قال أبو عبيد : وهذا أشبهُ مِنَ الأوَّلِ .

وأما نصبُ أبُوسٍ . . فأرادَ : عسى الغويرُ أنَّ يحدثَ أبُوساً .

وأما قولُ عمرَ : ( وولَّوهُ لك ) . . فإنَّنا نحملهُ على أنَّه أرادَ ولاءَ حضانتِهِ ، لا ولاءَ

ميراثِهِ .

وقد حمَلَه قومٌ على ولاءِ الميراثِ ، ونحنُ نذكرُه في موضعه - إن شاء الله - ولأنَّ الأصلَ في الناسِ الحرِّيَّةُ .

فرعٌ : [ اللقيط ومعه مال ] :

الصبيُّ الصغيرُ يَمْلِكُ المالَ الكثيرَ ؛ لأنَّه يرثُ ، ويوصى له ، ويبتاعُ له ، فهو كالكبيرِ في المِلِكِ ، وإذا ثبت أنَّه يَمْلِكُ . . فإنَّ يدهُ تثبَّتْ على المالِ ، كالبائعِ .

فإذا ثبتَ هذا : فإنَّ وُجِدَ لقيطٌ ومعه مالٌ ، فإنَّ كانتْ يدهُ ثابتةً عليه ، بأنَّ وَجَدَهُ لابساً ثوباً ، أو وَجَدَ الثوبَ مفروشاً عليه ، أو وَجَدَهُ على فراشٍ ، أو سريرٍ أو في سَفَطٍ<sup>(٣)</sup> ، أو وَجَدَ معه دراهمَ معقودةً على ثيابهِ أو تحتَ فراشهِ ، أو وَجَدَهُ مشدوداً على بهيمةٍ ، أو وَجَدَ في يدهِ عنانَ دابةٍ ، أو وَجَدَهُ في خيمةٍ أو دارٍ . . فإنَّ ذلكَ كلهُ له ؛ لأنَّ

(١) الغرائر - جمع غرارة - : وهي كيس يوضع فيه التبن ، وتسمَّى الخيشة .

(٢) تنكَّب ، يقال : نكَّب عن الطريق : عدل ومال ، وفي نسخة : ( تكلمت ) .

(٣) السَفَط : سرير أو مقعد يوضع فيه الصبي ، ونحوه يصنع من عيدان لوضع الفاكهة ، ووعاء يوضع فيه الطيب وأدوات الزينة للنساء .

ذَلِكَ كُلُّهُ فِي يَدِهِ ، وَلَهُ يَدٌ صَحِيحَةٌ ، فَهُوَ كَمَا لَوْ وَجَدَ ذَلِكَ فِي يَدٍ بِالْغِ .  
وَإِنْ كَانَ تَحْتَهُ مَالٌ مَدْفُونٌ ، أَوْ بِالْبُعْدِ مِنْهُ مَالٌ مَطْرُوحٌ ، أَوْ فَرَسٌ مَرْبُوطٌ . . لَمْ يَكُنْ ذَلِكَ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَدَ لَهُ عَلَيْهِ .

وَإِنْ كَانَ بِالْقَرَبِ مِنْهُ مَالٌ مَطْرُوحٌ ، أَوْ فَرَسٌ مَرْبُوطٌ . . فَفِيهِ وَجْهَانِ :  
أَحَدُهُمَا : أَنَّهُ لَهُ ؛ لِأَنَّ الْإِنْسَانَ قَدْ يَتْرَكُ مَالَهُ وَدَابَّتَهُ بِالْقَرَبِ مِنْهُ .

وَالثَّانِي : أَنَّهُ لَا يَكُونُ لَهُ ، وَهُوَ ظَاهِرُ النَّصِّ ؛ لِأَنَّ الْيَدَ يَدَانِ ، يَدٌ مُشَاهِدَةٌ وَيَدٌ حَكَمِيَّةٌ . ( فَالْمُشَاهِدَةُ ) : مَا كَانَ مَمْسِكًا لَهُ بِيَدِهِ . وَ ( الْحَكَمِيَّةُ ) : مَا كَانَ فِي مَلِكِهِ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مَمْسِكًا لَهُ ، وَهَذَا لَيْسَ بِوَاحِدٍ مِنْهُمَا .

وَيَفَارِقُ الْكَبِيرَ ؛ لِأَنَّ مَا يَقْرُبُهُ يَكُونُ مُرَاعِيًا لَهُ ، فَكَانَ بِمَنْزِلَةِ الْمُتَّصِلِ بِهِ . وَالطِّفْلُ لَا مُرَاعَاةَ لَهُ ، فَجَرَى مَجْرَى الْبَعِيدِ مِنَ الْكَبِيرِ .

إِذَا ثَبَتَ هَذَا : فَإِنَّ كُلَّ مَالٍ يَكُونُ لِلْقَيْطِ . . يُنْظَرُ فِيهِ :

فَإِنْ كَانَ فِي مِلْكِ إِنْسَانٍ . . فَهُوَ لِصَاحِبِ الْمَلِكِ ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّهُ لَهُ .

وَإِنْ كَانَ فِي غَيْرِ مِلْكِ إِنْسَانٍ ، فَإِنْ كَانَ مِنْ غَيْرِ ضَرْبِ الْجَاهِلِيَّةِ . . فَهُوَ لِقِطَّةٌ . وَإِنْ كَانَ مِنْ ضَرْبِ الْجَاهِلِيَّةِ ، فَإِنْ كَانَ فِي طَرِيقِ مَسْلُوكٍ ، أَوْ قَرْيَةٍ عَامِرَةٍ . . فَهُوَ لِقِطَّةٌ .  
وَإِنْ كَانَ فِي مَوَاتٍ ، أَوْ قَرْيَةٍ خَرِبَةٍ كَانَتْ عَامِرَةً فِي الْجَاهِلِيَّةِ . . فَهُوَ رِكَازٌ ، وَكُلُّ مَا كَانَ فِي يَدِ الْقَيْطِ <sup>(١)</sup> فَهُوَ مِلْكٌ لَهُ .

وَإِذَا أَخَذَ رَجُلٌ الْقَيْطَ ، وَأَخَذَ مَالَهُ . . فَهَلْ لَهُ إِمْسَاكُهُ وَحِفْظُهُ عَلَيْهِ بِغَيْرِ أَمْرِ الْحَاكِمِ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ ، حَكَاهُمَا الْمَسْعُودِيُّ [فِي « الْإِبَانَةِ » ق / ٣٦٤] :

أَحَدُهُمَا : لَهُ ذَلِكَ ، كَمَا كَانَتْ لَهُ حِضَانَتُهُ .

وَالثَّانِي : لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ مَالِكَهُ مُتَعَيَّنٌ .

(١) فِي ( م ) : ( الْمَلْتَقَطُ ) ، وَهُمَا بِمَعْنَى وَاحِدٍ .



مسألة : [الناس ضربان من حيث التكليف] :

الناس في الإسلام على ضربين : مكلف ، وغير مكلف .

فأما ( المكلف ) : فهو البالغ العاقل . فهذا لا يحكم بإسلامه إلا بأن يأتي بالشهادتين .

وأما ( غير المكلف ) : فهو الصبي والمجنون . وقد يُسلم الصبي ، وقد يتبع غيره في الإسلام .

فأما إسلامه بنفسه : فيأتي ذكره في السير إن شاء الله .

وأما إسلامه تبعاً لغيره : فذلك الغير ثلاثة أشياء :

الأبوان ، أو السَّابي ، أو الدار .

فأما الأبوان : فإذا أسلما ولهما ولدٌ صغيرٌ . . تبعهما في الإسلام .

وهكذا : إن أسلم الأب وحده . . تبعه في الإسلام بلا خلاف ؛ لقوله تعالى :

﴿ وَالَّذِينَ ءَامَنُوا وَاتَّبَعَتْهُمْ ذُرِّيَّتُهُمْ بِإِيمَانٍ آَلَفْنَا بِهِمْ ذُرِّيَّتَهُمْ ﴾ [الطور : ٢١] وإن أسلمت الأم وحدها . . تبعها ولدها الصغير في الإسلام . وبه قال أبو حنيفة .

وقال مالك : ( لا يتبعها ) .

دليلنا : قوله ﷺ : « كُلُّ مَوْلُودٍ يُوَلَّدُ عَلَى الْفِطْرَةِ : وَأَبَوَاهُ يُهَوِّدَانِهِ ، وَيُنَصِّرَانِهِ ،

وَيُمَجِّسَانِهِ » <sup>(١)</sup> .

وعند مالك : ( إنَّ الأمَّ لا مدخلَ لها في التَّهويدِ والتَّنصيرِ والتمجيسِ ) .

(١) أخرجه عن أبي هريرة البخاري ( ١٣٥٨ ) و ( ١٣٥٩ ) في الجنائز وله أطراف ، ومسلم

( ٢٦٥٨ ) في القدر ، وأبو داود ( ٤٧١٤ ) في السنة واللفظ له ، والترمذي ( ٢١٣٩ ) في

القدر . وله ألفاظ : منها : « ما من مولود إلا يولد » و : « ليس من مولود يولد » و : « من يولد

يولد على الفطرة » و : « كل مولود يولد على الفطرة » . قال ابن كثير في « إرشاد الفقيه »

( ٩٨ / ٢ ) : يمكن أن يستدل به على أنه إذا ادعى نسبه كافر لم يقبل منه إلا ببينة لأننا لما فقدنا

أبويه حكمنا بإسلامه تبعاً للدار ، فلا يعدل عن ذلك إلا ببينة .

ولأنها أحد الأبوين ، فاتبعها الولد في الإسلام تغليبا للإسلام ؛ لقوله ﷺ :  
« الإسلام يعلو ولا يُعلى »<sup>(١)</sup> كالأب .

وأما السابي : فإذا سبي طفل من أولاد الكفار ، فإن سبي معه أبواه أو أحدهما .  
فإنه يتبعهما في الكفر إن كانا كافرين . وإن أسلم أحدهما . . تبعه . وإن سبي وحده . .  
فهل يتبع السابي في الإسلام ؟ فيه وجهان :

أحدهما : لا يتبعه ؛ لأن يده يد ملك .

والثاني : يتبعه ؛ لأنه لا يمكن اعتبار إسلامه بنفسه ، ولا بأبويه ، فلم يبق من يتبعه  
غير السابي .

فعلى هذا : إن كان السابي مسلماً . . حكم بإسلام الصبي . وإن كان السابي يهودياً  
أو نصرانياً . . لم يحكم بإسلامه .

وأما إسلامه بالدار : فالدار على ثلاثة أضرب : دار إسلام يسكنها المسلمون ،  
ودار إسلام يسكنها المشركون ، ودار شرك يسكنها المشركون .

فأما دار الإسلام التي يسكنها المسلمون : فكأرض الحجاز كلها ، والعراق والكوفة  
واليمن . فإذا وجد فيها لقيط . . حكم بإسلامه ، سواء كان أكثر ساكنيها مسلمين ، أو

(١) سلف ، وأخرجه عن عائذ المزني البيهقي في « السنن الكبرى » ( ٢٠٥ / ٦ ) في اللقطة ، وفي  
الباب :

عن معاذ عند الطيالسي في « مسنده » ( ٥٦٨ ) ، والبيهقي في « السنن الكبرى »  
( ٢٠٥ / ٦ ) بلفظ : « الإسلام يزيد ولا ينقص » .

قال البيهقي : وإنما أراد والله أعلم أن حكم الإسلام يغلب ، ومن تغلبه أن يحكم للولد  
بالإسلام بإسلام أحد والديه .

قال ابن كثير في « إرشاد الفقيه » ( ٩٧ / ٢ ) : يستدل به على أن اللقيط إذا وجد في بلد  
الكفار وفيه مسلمون أن يحكم بإسلامه على المذهب .

فائدة : روى عن علي رضي الله عنه البيهقي في « السنن الكبرى » ( ٢٠٢ / ٦ ) : أنه قضى  
في اللقيط أنه حر ، وقرأ هذه الآية : ﴿ وَشَرَوْهُ بِثَمَنٍ بَخْسٍ دَرَاهِمَ مَعْدُودَةٍ وَكَانُوا فِيهِ مِنَ  
الزَّاهِدِينَ ﴾ [يوسف : ٢٠] .

كَفَّاراً ؛ لَأَنَّهُ يَحْتَمَلُ أَنَّهُ مُسْلِمٌ ، وَيَحْتَمَلُ أَنَّهُ كَافِرٌ ، فَغُلِبَ الْإِسْلَامُ تَغْلِيْباً لِلدَّارِ ؛ لِقَوْلِهِ ﷺ : « الْإِسْلَامُ يَغْلُو وَلَا يُغْلَى » .

وَأَمَّا دَارُ الْإِسْلَامِ الَّتِي يَسْكُنُهَا الْكُفَّارُ : فَهِيَ عَلَى ضَرْبَيْنِ :

دَارٌ فَتَحَهَا الْمُسْلِمُونَ فَمَلَكَوْهَا وَأَقْرَبُوا الْكُفَّارَ فِيهَا بِبَذْلِ الْجَزْيَةِ ، فَهَذِهِ دَارُ إِسْلَامٍ ؛ لِأَنَّ حَكَمَ الْإِسْلَامِ جَارٍ فِيهَا . فَإِنْ وُجِدَ فِيهَا لَقِيطٌ : فَإِنْ كَانَ فِيهَا مِنَ الْمُسْلِمِينَ وَلَوْ وَاحِداً . . فَإِنَّهُ يُحْكَمُ بِإِسْلَامِ اللَّقِيطِ الَّذِي وُجِدَ فِيهَا ، سِوَاءِ دَخَلَهَا ذَلِكَ الْمُسْلِمُ سَاكِناً أَوْ تَاجِراً ، تَغْلِيْباً لِحَكَمِ الدَّارِ وَحَكَمِ الْإِسْلَامِ . فَإِنْ قَالَ ذَلِكَ الْمُسْلِمُ : لَيْسَ بِأَبْنِي . . قُبِلَ قَوْلُهُ فِي نَفْيِ نَسَبِهِ عَنْهُ ، وَلَكِنْ لَا يُحْكَمُ بِسُقُوطِ إِسْلَامِهِ بِذَلِكَ .

وَأِنْ لَمْ يَدْخُلْ إِلَيْهَا مُسْلِمٌ . . فَإِنَّ اللَّقِيطَ الْمَوْجُودَ فِيهَا كَافِرٌ ؛ لَأَنَّهُ لَا يَحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ أَبْنَى مُسْلِمٍ .

وَأِنْ كَانَتْ دَارُ إِسْلَامٍ إِلَّا أَنَّ الْمُشْرِكِينَ غَلَبُوا عَلَيْهَا الْمُسْلِمِينَ وَأَخْرَجُوهُمْ مِنْهَا ، كَ : طَرَسُوس<sup>(١)</sup> ، وَأَرْضِ الْقُدْسِ ، وَالْمَصِيصَةِ<sup>(٢)</sup> وَمَا أَشْبَهَهَا مِنَ الثُّغُورِ ، فَإِنْ كَانَ فِيهَا مُسْلِمُونَ بَيْنَ الْكُفَّارِ ، وَوُجِدَ فِيهَا لَقِيطٌ . . حَكَمَ بِإِسْلَامِهِ ؛ لِاجْتِمَاعِ حَكَمِ الدَّارِ وَالْمُسْلِمِ الَّذِي فِيهَا .

وَأِنْ لَمْ يَكُنْ فِيهَا أَحَدٌ مِنَ الْمُسْلِمِينَ . . فَفِيهِ وَجْهَانِ :

قَالَ أَبُو الصَّبَّاحِ : لَا يُحْكَمُ بِإِسْلَامِ اللَّقِيطِ الْمَوْجُودِ فِيهَا ؛ لَأَنَّهُ لَا يَحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ أَبْنَى مُسْلِمٍ .

وَقَالَ أَبُو إِسْحَاقَ : يُحْكَمُ بِإِسْلَامِهِ ؛ لِأَنَّهَا دَارُ إِسْلَامٍ ، وَيَحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ بَقِيَ فِيهَا مُسْلِمٌ أَخْفَى نَفْسَهُ وَهَذَا أَبْنَى .

(١) طَرَسُوس - كَحَلَزُون - : بَلَدٌ إِسْلَامِي مَخْصَبٌ كَانَ لِلأُرْمَنِ ثُمَّ أُعِيدَ لِلْإِسْلَامِ ، كَذَا فِي الْقَامُوسِ ، وَقَالَ الْفَيُومِيُّ : مَدِينَةٌ عَلَى سَاحِلِ الْبَحْرِ الْمَتَوَسِّطِ كَانَتْ ثَغْراً مِنْ نَاحِيَةِ بِلَادِ الرُّومِ ، قَرِيباً مِنْ طَرَفِ الشَّامِ ، وَقَالَ فِي « الْبَارِعِ » : قَالَ الْأَصْمَعِيُّ : وَزَانَ عَصْفُور . وَفِي « مَرَاصِدِ الْإِطْلَاعِ » ( ٨٨٣ / ٢ ) : بَيْنَهَا وَبَيْنَ أُذُنِهِ سِتَّةُ فَرَاسِخٍ يَشْقِيهَا نَهْرُ الْبَرْدَانِ وَبِهَا قَبْرُ الْمَأْمُونِ .

(٢) الْمَصِيصَةُ - كَسْفِينَةُ - : مَدِينَةٌ بِالشَّامِ عَلَى شَاطِئِ نَهْرِ جِيحَانٍ كَانَتْ مِنْ رِبْطِ الْمُسْلِمِينَ قَدِيماً ، فِيهَا ثُغُورٌ تَقَعُ بَيْنَ أَنْطَاكِيَّةِ وَبِلَادِ الرُّومِ مِنْ « مَرَاصِدِ » .

وَأَمَّا دَارُ الشُّرْكِ الَّتِي يَسْكُنُهَا الْمُشْرِكُونَ : فَمِثْلُ الرُّومِ وَالتُّرْكِ وَغَيْرِهِمَا : فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِيهَا مُسْلِمٌ . . فَاللَّقِيطُ الْمَوْجُودُ فِيهَا كَافِرٌ ؛ لِأَنَّ الدَّارَ دَارُ كُفْرٍ .

وَإِنْ كَانَ مَعَهُمْ مُسْلِمٌ أَسِيرٌ أَوْ غَيْرُهُ . . فَفِيهِ وَجْهَانِ :

أَحَدُهُمَا : أَنَّهُ مُسْلِمٌ تَغْلِيْبًا لِلْمُسْلِمِ الَّذِي فِيهَا .

وَالثَّانِي : أَنَّهُ كَافِرٌ ؛ لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنَّهُ أَبْنُ مُسْلِمٍ ، وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ أَبْنُ كَافِرٍ . . فَغُلِبَ الْكُفْرُ ؛ لِأَنَّ الدَّارَ دَارُ كُفْرٍ ، وَالْكَفَّارُ فِيهَا أَكْثَرُ ، وَلِأَنَّ الظَّاهِرَ مِنَ الْأَسِيرِ أَنَّهُ لَا يَتِمَكَّنُ مِنَ الْوُطْءِ بِنِكَاحٍ وَلَا بغيرِهِ .

فَرَعٌ : [الإشهاد على أخذ اللقيط] :

وَإِذَا أَخَذَ الْمُلتَقِطُ اللَّقِيطَ . . فَهَلْ يَجِبُ عَلَيْهِ الْإِشْهَادُ عَلَيْهِ ؟

مِنْ أَصْحَابِنَا مَنْ قَالَ : فِيهِ وَجْهَانِ ، كَمَا قُلْنَا فِي اللَّقْطَةِ .

وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ : يَجِبُ عَلَيْهِ الْإِشْهَادُ وَجْهًا وَاحِدًا ؛ لِأَنَّ الْإِشْهَادَ فِي اللَّقْطَةِ لِحِفْظِ الْمَالِ ، وَالْإِشْهَادَ هَاهُنَا لِحِفْظِ النَّسَبِ ، وَلِلنَّسَبِ مَزِيَّةٌ عَلَى الْمَالِ فِي الْإِشْهَادِ ، وَلِهَذَا وَجِبَ الْإِشْهَادُ فِي عَقْدِ النِّكَاحِ دُونَ الْبَيْعِ وَغَيْرِهِ مِنَ الْعُقُودِ .

مَسْأَلَةٌ : [الإنفاق على اللقيط] :

وَأَمَّا نَفَقَةُ اللَّقِيطِ : فَلَا يَخْلُو : إِمَّا أَنْ يَكُونَ لَهُ مَالٌ ، أَوْ لَا مَالَ لَهُ . فَإِنْ كَانَ لَهُ مَالٌ . . كَانَتْ نَفَقَتُهُ فِي مَالِهِ ؛ لِأَنَّ الطِّفْلَ إِذَا كَانَ لَهُ أَبَوَانِ مُوسِرَانِ وَلَهُ مَالٌ ، كَانَتْ نَفَقَتُهُ فِي مَالِهِ ، فَلِأَنَّ تَكُونَ نَفَقَةً مَنْ لَا يُعْرِفُ أَبَوَاهُ فِي مَالِهِ أَوْلَى .

فَإِنْ كَانَ فِي الْبَلَدِ حَاكِمٌ . . لَمْ يَجُزْ لِلْمُلْتَقِطِ أَنْ يَنْفِقَ عَلَى اللَّقِيطِ مِنْ مَالِهِ بِغَيْرِ إِذْنِ الْحَاكِمِ ؛ لِأَنَّ الْمُلْتَقِطَ لَا وِلَايَةَ لَهُ عَلَى مَالِ اللَّقِيطِ ، وَإِنَّمَا لَهُ الْوِلَايَةُ عَلَى حِضَانَتِهِ ، فَإِنْ خَالَفَ وَأَنْفَقَ عَلَيْهِ مِنْ مَالِهِ بِغَيْرِ إِذْنِ الْحَاكِمِ . . لَزِمَهُ الضَّمَانُ ؛ لِأَنَّهُ تَعَدَّى بِذَلِكَ .

وَإِنْ جَاءَ الْمُلْتَقِطُ إِلَى الْحَاكِمِ وَعَرَّفَهُ الْحَالَ . . نَظَرَتْ : فَإِنْ أَخَذَ الْحَاكِمُ الْمَالَ مِنْهُ ، وَدَفَعَهُ إِلَى أَمِينٍ ، وَأَمَرَهُ أَنْ يُعْطِيَ الْمُلْتَقِطَ كُلَّ يَوْمٍ قَدْرَ النِّفْقَةِ ، أَوْ يَنْفِقَهُ الْأَمِينُ عَلَيْهِ ،

أو قبضَ الحاكمُ المالَ مِنَ الملتَقِطِ ، ودفعَ إليه كلَّ يومٍ قَدْرَ نفقةِ اللَّقِيطِ ، وأمرهُ بإنفاقِ ذلكَ عليه . . جاز .

وإنْ أقرَّ الحاكمُ المالَ في يدِ الملتَقِطِ ، وأمرهُ أَنْ ينفقَ منه قَدْرَ ما يحتاجُ إليه . . فقد قالَ الشافعيُّ هاهنا وفي ( الدعوى ) : ( يجوزُ ) .

وقالَ في ( اللَّقْطَةُ الكَبِيرُ ) مِنْ « الأُمِّ » [ ٢٩٠ / ٣ ] : ( إذا وَجَدَ الرجلُ ضالَّةً وأرادَ أَنْ يُنفقَ عليها مِنْ مالِهِ على أَنْ يرجعَ بذلكَ على صاحبِها . . لَمْ يَجُزْ ، إِلَّا أَنْ يدفعَ ذلكَ إلى الحاكمِ حتَّى يُنصَّبَ عَدْلًا ، فيأمرَ الملتَقِطَ بدفعِ المالِ إليه ، حتَّى يتولَّى الإنفاقَ ) .

فَمِنْ أَصْحَابِنَا مَنْ نَقَلَ جَوَابَ كُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا إِلَى الْأُخْرَى ، وَخَرَّجَهُمَا عَلَى قَوْلَيْنِ :

أحدهما : لا يجوزُ أَنْ يأذَنَ لَهُ في الموضعينِ بالإنفاقِ ، بَلْ يَنْصَّبُ أَمِينًا يجعلُ المالَ في يَدِهِ ، ويُعطيه قَدْرَ النفقةِ كلَّ يومٍ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا أَذِنَ لَهُ في أَنْ يُنفقَ النفقةَ ممَّا في يَدِهِ . . صارَ قابضًا مِنْ نَفْسِهِ وَمُقْبِضًا ، وَإِنَّمَا يجوزُ ذلكَ في الأبِ والجَدِّ .

قالَ الشيخُ أبو حامدٍ : وهذا التعليلُ إِنَّمَا يصحُّ في الضالَّةِ ، وفي اللَّقِيطِ إِذَا لَمْ يَكُنْ لَهُ مالٌ فأقرضهُ الملتَقِطُ .

والقولُ الثاني : أَنَّهُ يجوزُ أَنْ يأذَنَ لَهُ في الإنفاقِ ، وهو الصحيحُ ؛ لِأَنَّ الملتَقِطَ أَمِينٌ . فإذا أَذِنَ لَهُ في الإنفاقِ . . صارَ وليًّا ، وللوليِّ أَنْ يُنفقَ على المُولَّى عليه مِنْ مالِهِ بِإِذْنِ الحاكمِ ، كالوليِّ على اليتيمِ مِنْ قِبَلِ الحاكمِ والوصيِّ . ولأنَّهُ لا خِلافَ أَنَّهُ إِذَا أَخَذَ المالَ مِنْ يَدِهِ ، جازَ أَنْ يدفعَ إليه كلَّ يومٍ قَدْرَ النفقةِ ويتولَّى إنفاقَ ذلكَ عليه ، فجازَ إقرارُ المالِ بيده لينفقَ عليه مِنْهُ قَدْرَ حاجتهِ .

وَمِنْ أَصْحَابِنَا مَنْ حَمَلَهُمَا عَلَى ظَاهِرِهِمَا فَقَالَ في اللَّقِيطِ : يجوزُ ، وقالَ في الضالَّةِ : لا يجوزُ .

والفرقُ بينهما : أَنَّ اللَّقِيطَ مُولَّى عليه بكلِّ حالٍ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا لَمْ يَكُنْ لَهُ أَبٌ ولا جَدٌّ . . فالحاكمُ وليُّهُ . وإذا كانَ لَهُ أَحدهما . . قامَ الحاكمُ مقامَهُ عندَ غَيْبَتِهِ ، وقد أَذِنَ لَهُ . وأما الضالَّةُ : فيجوزُ أَنْ تكونَ لبالغٍ رشيدٍ لا ولايةَ للحاكمِ عليه .



إذا ثبتَ هذا : فإذا قلنا : إِنَّهُ يُنْصَبُ أَمِيناً يدفعُ المالَ إليه ليعطيه النفقة . . قَدَّرَ لَهُ الحاكمُ ما يُعطيه كلَّ يومٍ .

وإن قلنا : يأمره بالإنفاق . . فَإِنَّهُ يُنْفِقُ ما يحتاجُ إليه في العُرفِ . فإذا بلغَ اللَّقِيطُ وأختلفا في قَدْرِ النفقةِ ، فإن كانَ ما يدَّعيهِ الملتقطُ النفقةَ بالمعروفِ . . فالقولُ قوله مع يمينه ؛ لأنَّه أمينٌ . وإن ادَّعى أكثرَ مِنَ النفقةِ بالمعروفِ . . لَمْ يُقْبَلْ قوله في الزيادةِ ، وَلَزِمَهُ ضمانُ الزيادةِ . . فإن لم يكن في البلدِ حاكمٌ ، فَأَنفَقَ الملتقطُ مِنْ غيرِ إَشهادٍ . . ضَمِنَ . وإن أشهدَ ، فهل يضمنُ ؟ فيه قولان ، وقيلَ : هُما وجهان :

أحدهما : يضمنُ ؛ لأنَّه أنفقَ بغيرِ إذنِ الحاكمِ ، فضمنَ كما لو كان في البلدِ حاكمٌ .

والثاني : أَنَّهُ لَا يضمنُ ؛ لأنَّه موضعُ ضرورةٍ ، والإنفاقُ لا بدَّ منه ، إذ لو تركَ مِنْ غيرِ إنفاقٍ . . مات .

وإن لم يكن للَّقِيطِ مالٌ . . أنفقَ عليه مِنْ بيتِ المالِ ؛ لما روي : ( أَنَّ عَمَرَ رضيَ اللهُ عنه أَسْتَشَارَ الصَّحَابَةَ رضيَ اللهُ عنهم في نفقةِ اللَّقِيطِ . . فقالوا : يُنْفَقُ عليه مِنْ بيتِ المالِ ) ، ولأنَّه لو كان بالغاً معسراً ، كانت نفقتهُ في بيتِ المالِ ، فاللَّقِيطُ بِذَلِكَ أَحَقُّ . وإن لم يكن في بيتِ المالِ شيءٌ ، أو كان فيه شيءٌ ولكن احتيجَ إليه لما هو أهمُّ مِنْ ذَلِكَ . . فَإِنَّهُ يَجِبُ عَلَى الْمُسْلِمِينَ الإنفاقُ عليه ، كما لو أَضْطَرَّ بالغٌ إلى الطعامِ ، فَإِنَّهُ يَجِبُ عَلَى الْمُسْلِمِينَ بذلُ ما يحتاجُ إليه مِنَ الطعامِ ، وهل يَجِبُ ذَلِكَ عليهم على وجهِ الإنفاقِ ، أو على وجهِ القرضِ ؟ فيه قولان :

أحدهما : يَجِبُ عليهم ذَلِكَ على وجهِ الإنفاقِ بلا عَوَضٍ ؛ لأنَّه ضائعٌ لا حيلةَ لَهُ ، فوجبَ الإنفاقُ عليه بغيرِ عَوَضٍ ، كالمجنونِ الذي لَا يَعْقِلُ وَلَا شَيْءَ لَهُ ، فَإِنَّهُ يَجِبُ عَلَى الْمُسْلِمِينَ الإنفاقُ عليه ، وكذلك يَجِبُ عليهم كَفَرُ مَيْتٍ لَا مالَ لَهُ .

والثاني : يَجِبُ عليهم ذَلِكَ ، ويكونُ قرضاً لهم عليه ، وهو المنصوصُ ؛ لأنَّه نفقةٌ لإحيائه ، فلم يَجِبْ إِلَّا بعَوَضٍ ، كالمضطرِّ إلى الطعامِ . فإذا قلنا : يَجِبُ عليهم بغيرِ عَوَضٍ . . فَإِنَّ ذَلِكَ يَجِبُ عَلَى مَنْ عَلِمَ بِهِ . فإذا قامَ بِهِ بعضهم . . سقطَ الفَرَضُ عَنْ

الباقيَن . وإن تركوا الإنفاقَ عليه . . أثموا ، وللإمام أن يقاتلهم عليه كما يقاتلهم على ترك صلاة الجنازة .

وإن قلنا : يجبُ عليهم ، ويكونُ قرضاً لهم . . قيلَ للملتقيط : أتقرضُهُ أنت ؟ فإن قال : نعم . . جاز أن يُقرضَ منه .

فإن قبضَ الحاكمُ منه المالَ ، ثمَّ دفعَهُ إليه ، أو إلى أمينٍ لينفقَهُ عليه . . جاز . وإن أمرَهُ الحاكمُ أن ينفقَ عليه قرضاً عليه . . فهل يصحُّ ؟ فيه طريقان ، كما قلنا فيه إذا أمرَهُ أن ينفقَ من مالِ اللقيطِ بيده .

وإن لم يجدْ مع الملتقيطِ ما يُقرضُهُ . . أقرضَ له من غيره من المسلمين . فإن لم يُقرضوه . . قال الشافعي رحمه الله : ( أحصى الحاكمُ أهلَ البلدِ وأحصى نفسه معهم وقسَّطَ نفقتهُ عليهم بالحصصِ ) . ثمَّ ينظرُ : فإن حصلَ في بيتِ المالِ شيءٌ قبلَ بلوغِ اللَّقيطِ ، أو قبلَ يساره . . قضى عنه ذلك من بيتِ المالِ ؛ لأنه لو كان في بيتِ المالِ شيءٌ ، كانت نفقتهُ منه . فوجبَ قضاءُ ما أقرضَ عليه منه . وإن حصلَ للطفلِ مالٌ . . وجبَ قضاءُ ذلك منه . هذا ترتيبُ الشيخ أبي حامدٍ ، وأبنِ الصَّبَّاحِ . وذكرَ الشيخُ أبو إسحاق في « المهدَّبِ » : إذا لم يكنْ للَّقِيطِ مالٌ . . ففي نفقتهِ قولان :

أحدهما : يجبُ في بيتِ المالِ .

فعلى هذا : لا يرجعُ بما ينفقُ عليه على أحدٍ .

والثاني : لا يجبُ في بيتِ المالِ ؛ لأنَّ مالَ بيتِ المالِ لا يُصرفُ إلا فيما لا وجهَ له غيره ، واللَّقِيطُ يجوزُ أن يكونَ عبداً ، فتكونُ نفقتهُ على سيِّده ، أو حرّاً له مالٌ ، فنفقتهُ في ماله ، أو فقيراً له من يلزمه نفقتهُ .

فعلى هذا : يستقرضُ له الإمامُ نفقتهُ من بيتِ المالِ ، أو من رجلٍ من المسلمين . فإن لم يكنْ يمكنُ ذلك . . جمعَ الإمامُ من له مكنةٌ<sup>(١)</sup> وعدَّ نفسه فيهم ، وقسَّطَ نفقتهُ عليهم . فإن بانَ أنه عبدٌ . . رجعَ على مولاه . وإن بانَ أنَّ له أباً موسيراً . . رجعَ عليه بما

(١) مكنة : غنى ومال وقدرة .

اَقْتَرَضَ عَلَيْهِ . وَإِنْ كَانَ لَهُ كَسْبٌ . . قُضِيَ مِنْهُ . وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ شَيْءٌ مِنْ ذَلِكَ . . قُضِيَ مِنْ سَهْمِ مَنْ يَرَى الْإِمَامُ مِنَ الْمَسَاكِينِ أَوْ الْغَارِمِينَ .

**مَسْأَلَةٌ :** [ثبوت الولاية على اللقيط] :

إِذَا أُلْتَقِطَ اللَّقِيطُ حُرٌّ مُسْلِمٌ ثَقَّةٌ مُوسِرٌ مُقِيمٌ . . أُقِرَّ فِي يَدِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَا بَدَّ لَهُ أَنْ يَكُونَ فِي يَدِ مَنْ يَكْفُلُهُ ، فَكَانَ الْمُلْتَقِطُ أَحَقَّ .

وَإِنْ أُلْتَقِطَ عَبْدٌ . . لَمْ يُقَرَّ فِي يَدِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَقْدِرُ عَلَى حِضَانَتِهِ مَعَ خِدْمَةِ سَيِّدِهِ . فَإِنْ عَلِمَ بِهِ السَّيِّدُ وَأَقْرَهُ فِي يَدِهِ . . جَازَ وَكَانَ السَّيِّدُ هُوَ الْمُلْتَقِطُ ، كَمَا قُلْنَا فِي الْعَبْدِ إِذَا أُلْتَقِطَ لُقْطَةً وَعَلِمَ بِهَا السَّيِّدُ وَأَقْرَهَا فِي يَدِهِ .

وَإِنْ أُلْتَقِطَ كَافِرٌ ، فَإِنْ كَانَ اللَّقِيطُ مُحْكُومًا بِإِسْلَامِهِ . . لَمْ نَقْرَهُ فِي يَدِهِ ؛ لِأَنَّ الْقِيَامَ بِأَمْرِ اللَّقِيطِ وَلَايَةٌ ، وَالْكَافِرُ لَيْسَ مِنْ أَهْلِ الْوِلَايَةِ عَلَى الْمُسْلِمِ ، وَلِأَنَّهُ رَبَّمَا فَتَنَهُ عَنْ دِينِهِ .

وَإِنْ كَانَ اللَّقِيطُ مُحْكُومًا بِكُفْرِهِ . . أُقِرَّ فِي يَدِهِ ؛ لِأَنَّ الْكَافِرَ يَلِي عَلَى مَنْ هُوَ مِنْ أَهْلِ دِينِهِ .

وَإِنْ أُلْتَقِطَ فَاسِقٌ . . لَمْ يُقَرَّ فِي يَدِهِ ؛ لِأَنَّ الْقِيَامَ بِأَمْرِ اللَّقِيطِ وَلَايَةٌ ، وَالْفَاسِقُ لَيْسَ مِنْ أَهْلِ الْوِلَايَةِ ، وَلِأَنَّهُ لَا يُؤْمَنُ أَنْ يَسْتَرْقَهُ .

وَإِنْ أُلْتَقِطَ مُعْسِرٌ . . فَفِيهِ وَجْهَانِ :

[أَحَدُهُمَا] : قَالَ عَامَّةُ أَصْحَابِنَا : يُقَرَّ فِي يَدِهِ ؛ لِأَنَّ نَفَقَتَهُ لَا تَجِبُ عَلَى الْمُلْتَقِطِ ، وَلِأَنَّ حِضَانَةَ اللَّقِيطِ وَلَايَةٌ ، وَالْمُعْسِرُ مِنْ أَهْلِ الْوِلَايَةِ .

و[الثاني] : قَالَ أَبُو إِسْحَاقَ : لَا يُقَرَّرُ بِيَدِهِ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ يَرِيدُ التَّبَرُّعَ بِالْإِنْفَاقِ عَلَيْهِ ، فَلَا يُمْكِنُهُ ذَلِكَ مَعَ الْإِعْسَارِ .

وَإِنْ وُجِدَ اللَّقِيطُ فِي مِصْرٍ أَوْ قَرْيَةٍ : فَإِنْ وَجَدَهُ مَنْ يَصْلَحُ لِلْحِضَانَةِ مِنْ أَهْلِ الْمِصْرِ وَالْقَرْيَةِ ، وَيَرِيدُ الْإِقَامَةَ فِيهِ . . أُقِرَّ فِي يَدِهِ . وَإِنْ وَجَدَهُ مَنْ هُوَ عَلَى الْخُرُوجِ مِنْهَا إِلَى غَيْرِهَا . . نَظَرَتْ : فَإِنْ كَانَ يَرِيدُ الْإِنْتِقَالَ إِلَى بَادِيَةٍ . . لَمْ يُقَرَّرَ فِي يَدِهِ لِثَلَاثَةِ مَعَانٍ :



أحدها : أَنَّ تَرْكَهُ فِي الْمَوْضِعِ الَّذِي وَجَدَهُ فِيهِ أَرْجَى لظُهُورِ نَسَبِهِ مِنَ الْمَوْضِعِ الَّذِي يَنْقُلُهُ إِلَيْهِ .

والثاني : أَنَّ الْحَضَرَ أَوْفَقُ لِلْقَيْطِ<sup>(١)</sup> ، وَأَحْظُّ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ يُوجَدُ فِي الْحَضَرِ مَا يُحْتَاجُ إِلَيْهِ لِتَرْبِيَةِ الطِّفْلِ ، وَلَا يُوجَدُ ذَلِكَ فِي الْبَادِيَةِ .

والثالث : أَنَّ تَرْكَهُ فِي الْحَضَرِ أَظْهَرُ لِحُرِّيَّتِهِ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا أَقَامَ بِهِ فِي الْمِصْرِ . . عَلِمَ النَّاسُ بِهِ . وَإِذَا خَرَجَ بِهِ إِلَى الْبَادِيَةِ . . لَا يُؤْمَنُ أَنْ يَسْتَرْقَهُ الْمَلْتَقِطُ ، أَوْ يَمُوتَ فَيَسْتَرْقَهُ وَارِثُهُ .

وإِنْ أَرَادَ الْمَلْتَقِطُ أَنْ يَنْتَقِلَ بِهِ إِلَى مِصْرِ أَوْ قَرْيَةٍ مِثْلِ الْمَوْضِعِ الَّذِي وَجَدَهُ فِيهِ . . فَفِيهِ وَجْهَانِ :

أحدهما : يَجُوزُ ؛ لِأَنَّهُ يَنْقُلُهُ إِلَى مِثْلِ الْمَوْضِعِ الَّذِي وَجَدَهُ فِيهِ .

والثاني - وهو المذهب - : أَنَّهُ لَا يَجُوزُ ؛ لَمَّا ذَكَرْنَاهُ إِذَا أَرَادَ الْإِنْتِقَالَ بِهِ إِلَى الْبَادِيَةِ .

وَإِذَا ثَبَتَ هَذَا : فَإِنَّ الشَّافِعِيَّ قَالَ : ( وَلَوْ أَرَادَ الَّذِي أَلْتَقَطَهُ الظَّنَّ بِهِ ، فَإِنْ كَانَ يُؤْمَنُ أَنْ يَسْتَرْقَهُ . . فَذَلِكَ لَهُ ، وَإِلَّا . . مَنَعَهُ ) .

قَالَ أَصْحَابُنَا : أَرَادَ بِهَذَا : أَنَّ الرَّجُلَ إِذَا أَلْتَقَطَ لَقِيطًا ، وَثَبَتَ وَلايَتُهُ عَلَيْهِ بِكَوْنِهِ أَمِينًا ، ثُمَّ أَرَادَ بَعْدَ ذَلِكَ أَنْ يَظْعَنَ مِنْ ذَلِكَ الْبَلَدِ ، وَيَنْتَقِلَ إِلَى بَلَدٍ آخَرَ ، أَوْ قَرْيَةٍ أُخْرَى ، وَيَنْقُلَ اللَّقِيطَ مَعَهُ ، فَإِنْ كَانَ يُؤْمَنُ أَنْ يَسْتَرْقَهُ ، بَأَنَّهُ يَكُونُ قَدْ عُرِفَتْ أَمَانَتُهُ ، وَخُبِرَ فِي الظَّاهِرِ وَالْبَاطِنِ . . فَلَهُ أَنْ يَنْقُلَهُ مَعَهُ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ ثَبَتَ لَهُ حَقُّ الْوِلَايَةِ وَالتَّوْبِيَةِ ، فَكَانَ أَوْلَى مِنْ غَيْرِهِ لثَبُوتِ يَدِهِ عَلَيْهِ وَوِلَايَتِهِ . وَإِنْ لَمْ يُؤْمَنُ أَنْ يَسْتَرْقَهُ ، مِثْلُ أَنْ لَمْ تُخْتَبَرْ أَمَانَتُهُ فِي الظَّاهِرِ وَالْبَاطِنِ . . لَمْ يُقَرَّرْ فِي يَدِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُؤْمَنُ أَنْ يَسْتَرْقَهُ .

فَإِنْ قِيلَ : هَذَا مُنَاقِضَةٌ عَلَى قَوْلِ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ اللَّقِيطَ لَا يُقَرَّرُ إِلَّا فِي يَدِ أَمِينٍ ، فَكَيْفَ قَالَ هَاهُنَا : ( إِذَا أَرَادَ أَنْ يَظْعَنَ بِهِ - إِنْ كَانَ يُؤْمَنُ أَنْ يَسْتَرْقَهُ - تَرْكُ ، وَإِلَّا مُنِعَ ) ؟

(١) فِي ( م ) : ( أَرْفَقَ بِاللَّقِيطِ ) .

فالجواب : أَنَّ الملتَقِطَ إِذَا لَمْ يَكُنْ فَاسِقًا ، وَهُوَ أَمِينٌ فِي الظَّاهِرِ دُونَ الْبَاطِنِ ، بَأَنَّ يَكُونَ غَرِيبًا دَخَلَ الْبَلَدَ ، وَلَمْ تُخْتَبَرْ أَمَانَتُهُ فِي الْبَاطِنِ ، فَإِنَّ اللَّقِيطَ يُقَرَّرُ بِيَدِهِ ؛ لِأَنَّهُ عَدْلٌ فِي الظَّاهِرِ ، فَهَذَا لَا يُمْكِنُ مِنَ الْإِنْتِقَالِ بِهِ وَإِنْ أُقَرَّرَ بِيَدِهِ فِي الْبَلَدِ .

وَأَمَّا الْأَمِينُ الَّذِي عُرِفَتْ أَمَانَتُهُ فِي الظَّاهِرِ وَالْبَاطِنِ ، بَأَنَّ كَانَ قَدْ نَشَأَ فِي الْبَلَدِ ، وَعُرِفَتْ أَمَانَتُهُ ظَاهِرًا وَبَاطِنًا . فَهَذَا يُقَرَّرُ اللَّقِيطُ بِيَدِهِ ، وَيُمْكِنُ مِنَ الْإِنْتِقَالِ بِهِ بَعْدَ ثُبُوتِ وِلَايَتِهِ عَلَيْهِ .

وَأَمَّا إِذَا وُجِدَ اللَّقِيطُ فِي الْبَادِيَةِ ، فَإِنْ كَانَ الْوَاجِدُ لَهُ مِنْ مِصْرٍ أَوْ قَرْيَةٍ بِقَرَبِ تِلْكَ الْبَادِيَةِ ، وَأَرَادَ حَمَلَهُ مَعَهُ إِلَى الْمِصْرِ أَوْ الْقَرْيَةِ . . أُقَرَّرَ بِيَدِهِ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ أَحْظُّ لَهُ مِنَ الْبَادِيَةِ .

وَإِنْ كَانَ الْوَاجِدُ لَهُ بَدْوِيًّا ، فَإِنْ كَانَ مَقِيمًا فِي الْمَوْضِعِ الَّذِي وَجَدَهُ فِيهِ . . أُقَرَّرَ بِيَدِهِ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ أَرْجَى لظَهْوَرِ نَسَبِهِ ، وَإِنْ كَانَ يَنْتَقِلُ فِي طَلَبِ الْمَاءِ وَالْكَلَالِ . . فَفِيهِ وَجْهَانِ : أَحَدُهُمَا : يُقَرَّرُ بِيَدِهِ ؛ لِأَنَّهُ هُوَ الْوَاجِدُ لَهُ ، وَهُوَ مِنْ أَهْلِ الْوِلَايَةِ . وَالثَّانِي : لَا يُقَرَّرُ فِي يَدِهِ ؛ لِأَنَّ عَلَى اللَّقِيطِ مَشَقَّةً فِي التَّنَقُّلِ .

**مَسْأَلَةٌ :** [تَنَازَعُ وَاجِدَانِ حَضَانَةَ لَقِيطٍ] :

إِذَا وَجَدَ اثْنَانِ لَقِيطًا ، وَتَنَازَعَا فِي حَضَانَتِهِ وَهُمَا مِنْ أَهْلِ الْحَضَانَةِ : فَإِنْ كَانَ ذَلِكَ قَبْلَ أَنْ يَأْخُذَاهُ . . أَخَذَهُ الْحَاكِمُ ، وَأَقَرَّهُ فِي يَدِ مَنْ يَرَى مِنْهُمَا ، أَوْ مِنْ غَيْرِهِمَا ؛ لِأَنَّهُ لَا حَقَّ لَهُمَا قَبْلَ أَنْ يَأْخُذَاهُ . وَإِنْ أَلْتَقَطَاهُ وَتَشَاخَّا فِي حَضَانَتِهِ . . أَقَرَّ الْحَاكِمُ بَيْنَهُمَا ، فَمَنْ خَرَجَتْ لَهُ الْقُرْعَةُ . . كَانَ أَحَقَّ بِهِ .

وَقَالَ أَبُو عَلِيٍّ بْنُ خَيْرَانَ : يُقَرَّرُ الْحَاكِمُ بِيَدِ مَنْ يَرَى مِنْهُمَا مِنْ غَيْرِ قُرْعَةٍ . وَالْمَذْهَبُ الْأَوَّلُ ؛ لِقَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ وَمَا كُنْتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يُلْقُونَ أَقْلَامَهُمْ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ ﴾ [آل عمران : ٤٤] وَلِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُ أَنْ يُجْعَلَ فِي أَيْدِيهِمَا ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُ اجْتِمَاعُهُمَا عَلَى حَضَانَتِهِ . وَلَا يُمْكِنُ أَنْ يُجْعَلَ بَيْنَهُمَا فَيَكُونُ عِنْدَ أَحَدِهِمَا زَمَانًا ، وَعِنْدَ الْآخَرِ مِثْلُهُ ؛ لِأَنَّ فِي ذَلِكَ إِضْرَارًا بِاللَّقِيطِ ؛ لِأَنَّ الْأَغْذِيَةَ تَخْتَلِفُ عَلَيْهِ ، وَيَسْتَوْحِشُ بِمَفَارِقَةٍ مِنْ أَنْسٍ إِلَيْهِ . وَلَا

يُمْكِنُ أَنْ يَقْدَّمَ أَحَدُهُمَا عَلَى الْآخَرِ ؛ لِأَنَّهُ لَا مَزِيَّةَ لِأَحَدِهِمَا عَلَى الْآخَرِ . فَإِذَا بَطُلَتْ هَذِهِ الْأَقْسَامُ . . لَمْ يَبْقَ إِلَّا أَنْ يُقَرَعَ بَيْنَهُمَا .

قَالَ الشَّافِعِيُّ فِي « الْأُمِّ » : ( وَلَا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ رَجُلَيْنِ أَوْ امْرَأَتَيْنِ ، أَوْ رَجُلًا وَامْرَأَةً ؛ لِأَنَّهُمَا مِنْ أَهْلِ الْحَضَانَةِ وَالتَّرْبِيَةِ ) .

فَإِنْ قِيلَ : أَلَيْسَ لَوْ أَفْتَرَقَ الزَّوْجَانِ ، وَلَهُمَا وَلَدٌ لَهُ دُونَ سَبْعِ سِنِينَ ، فَإِنَّ الْأُمَّ أَوْلَى بِحَضَانَةِ الْوَلَدِ ، فَهَلَّا قُلْتُمْ : إِنَّ الْمَرْأَةَ هَاهُنَا أَوْلَى بِالْحَضَانَةِ ؟

قُلْنَا : الْفَرْقُ بَيْنَهُمَا : أَنَّ الْوَلَدَ هُنَاكَ خُلِقَ مِنْ مَاءِ الزَّوْجَيْنِ ، وَلِلْأُمِّ مَزِيَّةٌ بِحَمْلِهِ وَرِضَاعِهِ ، وَشَفَقَتُهَا عَلَيْهِ أَكْثَرُ ، فَلِذَلِكَ قُدِّمَتْ عَلَى الْأَبِ . وَهَاهُنَا إِنَّمَا ثَبَتَ لَهُمَا الْحَقُّ بِالِاتِّقَاطِ ، وَهُمَا مُتَسَاوِيَانِ فِيهِ ، فَلَمْ يَقْدَمْ أَحَدُهُمَا عَلَى الْآخَرِ ، وَلِأَنَّآ إِذَا جَعَلْنَا الْحَضَانَةَ لِلْأُمِّ . . فَإِنَّ حَقَّ الْأَبِ لَا يَنْقُطُ عَنْهُ ؛ لِأَنَّ التَّأْدِيبَ وَالتَّعْلِيمَ إِلَيْهِ ، وَذَلِكَ جَمْعٌ بَيْنَ الْحَقَّيْنِ ، وَلَيْسَ كَذَلِكَ هَاهُنَا ، فَإِنَّا إِذَا جَعَلْنَا الْحَضَانَةَ لِلْمَرْأَةِ . . أَنْقَطَعَ حَقُّ الرَّجُلِ عَنْهُ .

**فَرْعٌ :** [تَنَازَلُ أَحَدُ الْوَاجِدِينَ عَنِ الْحَضَانَةِ لِلْآخَرِ] :

فَإِنْ أَلْتَقَطَهُ أَثْنَانِ ، وَتَرَكَ أَحَدُهُمَا حَقَّهُ مِنَ الْحَضَانَةِ لِلْآخَرِ . . فَفِيهِ وَجْهَانِ :

أَحَدُهُمَا : لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ ، بَلْ يَرْفَعُ الْأَمْرَ إِلَى الْحَاكِمِ لِيَقْرَهُ فِي يَدِ الْآخَرِ ؛ لِأَنَّ الْمَلْتَقِطَ إِنَّمَا يَمْلِكُ الْحَضَانَةَ وَلَا يَمْلِكُ نَقْلَ الْوِلَايَةِ إِلَى غَيْرِهِ .

وَالثَّانِي : يَقْرَأُ فِي يَدِ الْآخَرِ مِنْ غَيْرِ إِذْنِ الْحَاكِمِ ، وَهُوَ الْمَذْهَبُ ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ لَهُمَا ، فَإِذَا تَرَكَ أَحَدُهُمَا حَقَّهُ ثَبَتَ الْجَمِيعُ لِلْآخَرِ ، كَمَا لَوْ ثَبَتَ لَهُمَا الشُّفْعَةُ فَعَفَا أَحَدُهُمَا عَنْ حَقِّهِ . وَلَيْسَ ذَلِكَ بِنَقْلِ وَِلَايَةٍ وَإِنَّمَا تَرَكَ حَقًّا .

وَإِنْ تَنَازَعَا حَضَانَتَهُ وَأَحَدُهُمَا مِنْ أَهْلِ الْحَضَانَةِ ، وَالْآخَرُ لَيْسَ مِنْ أَهْلِ الْحَضَانَةِ . . أَقَرَّ فِي يَدِ مَنْ هُوَ مِنْ أَهْلِ الْحَضَانَةِ ؛ لِأَنَّهُ لَا حَقَّ لِلْآخَرِ فِي حَضَانَتِهِ .

**مسألة :** [ادعى رجلان من أهل الحضانة لقيطاً] :

إذا تداعى رجلان من أهل الحضانة لقيطاً . . فقال كل واحد منهما : أنا ألتقطته ، فلي حق حضنته ، فإن لم يكن لأحدهما عليه يد . . فإن الحاكم يأخذه ويقره في يد من يرى منهما ، أو من غيرهما ؛ لأنه لا يد لأحدهما عليه . وإن كان في يد أحدهما . . كان صاحب اليد أحق به ؛ لأن له يداً تدل على الالتقاط . فإن قال الآخر : أنا ألتقطته أولاً ، وإنما غصبه الآخر مني . . فالقول قول صاحب اليد مع يمينه ؛ لأن الأصل عدم الغصب . وإن كان في يديهما :

قال الشيخ أبو حامد وابن الصبّاح : أقرع بينهما ؛ لأنه لا مزية لأحدهما على الآخر .

وقال الشيخ أبو إسحاق : يتحالفان . فإن حلفا أو نكلا . . أقرع بينهما . وهذا أولى ؛ لأن كل واحد منهما يدعي أنه هو الملتقط أولاً ، وأن الآخر أدخل يده معه ، فتحالفا كالمختلفين في الملك . فإن حلف أحدهما ، ونكل الآخر . . قضي به للحالف .

وإن كان لأحدهما بيّنة دون الآخر . . قضي لصاحب البيّنة ؛ لأن البيّنة أقوى من الدعوى .

وإن كان مع كل واحد منهما بيّنة : فإن كانت البيّتان مؤرّختين تأريخاً واحداً ، أو مطلقتين ، أو إحداهما مطلقة والأخرى مؤرّخة . . تعارضتا ، وفيهما قولان<sup>(١)</sup> :

أحدهما : تسقطان . فيكون الحكم كما لو لم يكن مع أحدهما بيّنة .

والثاني : يستعملان . وفي الاستعمال ثلاثة أقوال :

أحدها : يُقسم بينهما .

والثاني : يُوقف الأمر حتى ينكشف .

(١) في نسخة : ( وجهان ) .

والثالث : يُقرَعُ بينهما .

وَلَا تَجِيءُ هَاهُنَا الْقِسْمَةُ وَلَا الْوَقْفُ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ يَضُرُّ بِاللَّقِيطِ . وَلَكِنْ يُقَرَعُ بَيْنَهُمَا ، فَمَنْ خَرَجَتْ لَهُ الْقُرْعَةُ . . قُدِّمَ . وَهَلْ يَحْلِفُ مَنْ خَرَجَتْ لَهُ الْقُرْعَةُ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ <sup>(١)</sup> يَأْتِي بَيَانُهُمَا إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى .

وَإِنْ كَانَا مُؤَرَّخَتَيْنِ ، وَتَارِيخُ إِحْدَاهُمَا أَسْبَقُ مِنَ الْأُخْرَى . . قُدِّمَتِ السَّابِقَةُ بِالتَّارِيخِ ؛ لِأَنَّهُ ثَبَتَ أَنَّهُ سَابِقٌ . وَيَفَارِقُ إِذَا ادَّعَى مَلِكٌ عَيْنٍ ، وَأَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَيِّنَةً ، وَتَارِيخُ إِحْدَاهُمَا أَسْبَقُ ، فَإِنَّهُمَا سَوَاءٌ فِي أَحَدِ الْقَوْلَيْنِ ؛ لِأَنَّ الْمَلِكَ قَدْ يَنْتَقِلُ عَنِ الْأَسْبَقِ إِلَى الْأَحَدِ . وَالْمَلْتَقِطُ إِذَا ثَبَتَ يَدُهُ عَلَى اللَّقِيطِ . . لَمْ يَنْتَزِعْهُ مِنْ يَدِهِ إِلَّا الْحَاكِمُ - إِذَا تَغَيَّرَ حَالُهُ - وَيُقَرَّعُ فِي يَدِ آخَرَ ، وَذَلِكَ لَيْسَ بِالتَّقَاطِ .

إِذَا ثَبَتَ هَذَا : فَإِنَّ الْبَيِّنَةَ الَّتِي تُقْبَلُ فِي الْإِلْتِقَاطِ عِنْدَ التَّدَاعِي إِنَّمَا هِيَ شَاهِدَانِ . فَأَمَّا الشَّاهِدُ وَالْمُرَاتَانِ ، أَوِ الشَّاهِدُ وَالْيَمِينُ ، أَوِ النِّسَاءُ مُنْفَرِدَاتٍ . . فَإِنَّهَا لَا تُقْبَلُ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ لَيْسَ بِمَالٍ ، وَلَا الْمَقْصُودُ مِنْهُ الْمَالُ . وَهُوَ مِمَّا يَطَّلَعُ عَلَيْهِ الرِّجَالُ ، فَلَمْ يُقْبَلْ فِيهِ إِلَّا الشَّاهِدَانِ ، كَالْوَصِيَّةِ إِلَيْهِ .

**مَسْأَلَةٌ :** [ ادْعَى الْمَلْتَقِطُ ابْنًا فَيُلْحَقُهُ ] :

وَإِذَا أَلْتَقَطَ رَجُلٌ لَقِيطًا ، ثُمَّ قَالَ الْمَلْتَقِطُ : هُوَ ابْنِي . . فَإِنَّهُ يُلْحَقُهُ نَسَبُهُ ، وَيَكُونُ ابْنًا لَهُ .

وَحَكِي عَنْ مَالِكٍ : أَنَّهُ قَالَ : ( إِنْ كَانَ قَدْ تَعَسَّرَ <sup>(٢)</sup> عَلَيْهِ الْوَلَدُ . . لَمْ يَثْبُتْ نَسَبُهُ مِنْهُ . وَإِنْ لَمْ يَتَعَسَّرْ عَلَيْهِ الْوَلَدُ . . ثَبَتَ نَسَبُهُ مِنْهُ ) .

دَلِيلُنَا : أَنَّهُ <sup>(٣)</sup> أَقَرَّ بِنَسَبِ مَجْهُولِ النِّسَبِ <sup>(٤)</sup> ، وَيُمْكِنُ أَنْ يَكُونَ مِنْهُ ، وَلَيْسَ فِي

(١) فِي ( م ) : ( قَوْلَانِ ) .

(٢) تَعَسَّرَ : ضِدُّ يُسَّرُ ، صَعِبَ وَاشْتَدَّ وَالتَّاثُ .

(٣) فِي نَسْخَةٍ : ( وَإِذَا ثَبَتَ هَذَا فَإِنَّهُ ) .

(٤) فِي ( م ) : ( السَّبَبُ ) .



إقراره إضراراً بغيره ، فقبل ، كما لو أقر له بمال ، أو كما لو لم يتعسر عليه الولد .  
فقولنا : ( أقر بنسب مجهول النسب ) احتراز ممن أقر بنسب معلوم النسب من غيره .

وقولنا : ( ويمكن أن يكون منه ) احتراز ممن أقر بنوّة من هو أكبر منه سناً ، فإنه لا يقبل ؛ لأنه يقطع بكذبه .

وقولنا : ( وليس في إقراره إضراراً بغيره ) احتراز ممن أقر بنوّة عبد لغيره ، فإنه لا يقبل ؛ لأنه يضر بالمولى ؛ لأنه قد يعتقه فيكون ميراثه للأب دون المولى .

إذا ثبت هذا : فإن الشافعي قال : ( المستحب للحاكم أن يسأل الملتقط من أين صار أبنة ؛ لئلا يكون ممن يعتق أنه يكون أبناً له بالالتقاط والتربية . وإن لم يسأله . جاز ) .

وإن ادّعى غير الملتقط بنوّة اللقيط . . لحقه نسبه ، وصار أبناً له ؛ للمعنى الذي ذكرناه في الملتقط . ويدفع إلى الأب ؛ لأنه أحق بحضانتها من غيره .

فرع : [ ادعاء المسلم وغيره نسب لقيط ] :

قال الشافعي : ( ودعوة المسلم والعبد والذمي سواء . غير أن الذمي إذا ادّعاه ، ووجده في دار الإسلام ، فالحقته به . . أحببت أن أجعله مسلماً ) .

وجملة ذلك : أن الدعوة - بكسر الدال - : ادعاء النسب ، وبضمها : الطعام الذي يدعى إليه الناس ، وبفتحها : مصدر دعا يدعو دعوة .

إذا ثبت هذا : فإن الحر المسلم إذا ادّعى نسب لقيط . . فإنه يقبل ، ويثبت نسبه منه ؛ لما ذكرناه ، ويلحقه في الإسلام ؛ لأنه صار أبناً له .

وأما العبد إذا ادّعى بنوّة لقيط . . فقد نص الشافعي هاهنا : ( أنه يقبل ) . قال المسعودي [في « الإبانة » ق/ ٣٦٦] : ونص في موضع آخر : ( أنه لا يقبل ) .

وأختلف أصحابنا فيه :

فمنهم مَنْ قَالَ : تُقْبَلُ دَعْوَتُهُ ، وَيُثْبِتُ النَّسَبُ مِنْهُ ؛ لِأَنَّ الْعَبْدَ كَالْحُرِّ فِي جِهَاتِ  
أَسْتِحْقَاقِ النَّسَبِ مِنَ الْوُطْءِ بِالنِّكَاحِ وَبِالشُّبْهَةِ . . فَكَانَ كَالْحُرِّ فِي دَعْوَةِ النَّسَبِ .

وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ : فِيهِ قَوْلَانِ :

أَحَدُهُمَا : تُقْبَلُ دَعْوَتُهُ ، وَيُثْبِتُ النَّسَبُ مِنْهُ ؛ لَمَّا ذَكَرْنَاهُ .

وَالثَّانِي : لَا تُقْبَلُ دَعْوَتُهُ ؛ لِأَنَّ فِي ذَلِكَ إِبْطَالَ حَقِّ السَّيِّدِ مِنَ الْوَلَاءِ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ  
يُعْتَقُّهُ وَيَمُوتُ ، فَيَكُونُ مِيرَاثُهُ لِابْنِهِ .

وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ : لَا تُقْبَلُ دَعْوَتُهُ قَوْلًا وَاحِدًا ؛ لَمَّا ذَكَرْنَاهُ .

وَالطَّرِيقُ الْأَوَّلُ هُوَ نَقْلُ الْبَغْدَادِيِّينَ مِنْ أَصْحَابِنَا ، وَهُوَ الْمَشْهُورُ .

فَعَلِيَ هَذَا : لَا يُسَلِّمُ اللَّقِيطُ إِلَى أَبِيهِ ؛ لِأَنَّهُ مَشْغُولٌ بِخِدْمَةِ سَيِّدِهِ ، وَلَا تَجِبُ عَلَيْهِ  
نَفَقَتُهُ ؛ لِأَنَّهُ مَمْلُوكٌ ، وَلَا تَجِبُ عَلَى سَيِّدِهِ ؛ لِأَنَّ الْوَلَدَ حُرٌّ ، فَلَمْ تَجِبْ عَلَى مَوْلَى الْعَبْدِ  
نَفَقَتُهُ .

وَإِنْ أَدَّعَى كَافِرٌ بِنَوَّةِ اللَّقِيطِ ، قُبِلَتْ دَعْوَتُهُ ، وَثُبِتَ نَسَبُهُ مِنْهُ ؛ لِأَنَّهُ كَالْمُسْلِمِ فِي  
الْجِهَاتِ الَّتِي يَثْبِتُ مِنْهَا النَّسَبُ ، مِنَ الْوُطْءِ بِالنِّكَاحِ فِي الْمَلِكِ وَالشُّبْهَةِ . . فَكَانَ  
كَالْمُسْلِمِ فِي لُحُوقِ النَّسَبِ بِهِ ، وَهَلْ يَلْحَقُ بِهِ فِي الدِّينِ ؟

قَالَ الشَّافِعِيُّ هَاهُنَا : ( أَحْبَبْتُ أَنْ أَجْعَلَهُ مُسْلِمًا ) فَظَاهِرُ هَذَا : أَنَّهُ يَكُونُ كَافِرًا .  
وَقَالَ فِي ( الدَّعْوَى وَالْبَيِّنَاتِ ) : ( أَجْعَلُهُ مُسْلِمًا ) . فَظَاهِرُ هَذَا : أَنَّهُ لَا يَكُونُ كَافِرًا .

وَأَخْتَلَفَ أَصْحَابُنَا فِيهَا :

فَقَالَ أَبُو إِسْحَاقَ : لَيْسَتْ عَلَى قَوْلَيْنِ ، وَإِنَّمَا هِيَ عَلَى اخْتِلَافِ حَالَيْنِ :

فَحَيْثُ جَعَلَهُ كَافِرًا . . أَرَادَ : إِذَا أَدَّعَى نَسَبَهُ وَأَقَامَ عَلَى ذَلِكَ بَيِّنَةً ؛ لِأَنَّهُ إِذَا ثَبَتَ  
بِالْبَيِّنَةِ أَنَّهُ وَلَدَ عَلَى فَرَاشٍ كَافِرٍ . . كَانَ مَوْلُودًا بَيْنَ كَافِرَيْنِ ، فَكَانَ كَافِرًا .

وَالْمَوْضِعُ الَّذِي جَعَلَهُ مُسْلِمًا . . أَرَادَ : إِذَا أَدَّعَى بُنُوَّتَهُ وَلَمْ يُقِمْ بَيِّنَةً . . فَإِنَّهُ يَلْحَقُهُ  
نَسَبُهُ ، وَلَا يَكُونُ كَافِرًا ؛ لِأَنَّا حَكَمْنَا بِإِسْلَامِهِ بِظَاهِرِ الدَّارِ . . فَلَا نَحْكُمُ بِكُفْرِهِ بِقَوْلِ  
كَافِرٍ .

وَمِنْ أَصْحَابِنَا مَنْ قَالَ : إِذَا أَدَّعَاهُ وَأَقَامَ الْبَيِّنَةَ . . حُكِمَ بِكُفْرِهِ قَوْلًا وَاحِدًا ، كَمَا قَالَ أَبُو إِسْحَاقَ . وَإِنْ لَمْ يُقِمِ الْبَيِّنَةَ . . فَفِيهِ قَوْلَانِ :

أَحَدُهُمَا : يُحْكَمُ بِكُفْرِهِ ؛ لِأَنَّ كُلَّ مَا أَلْحَقَهُ بِنَسَبِهِ ، أَلْحَقَهُ بِدِينِهِ ، كَالْبَيِّنَةِ .

وَالثَّانِي : لَا يُحْكَمُ بِكُفْرِهِ ؛ لِأَنَّ إِقْرَارَهُ تَضَمَّنَ مَا يَنْفَعُ اللَّقِيطَ وَهُوَ : وَجُوبُ<sup>(١)</sup> نَفَقَتِهِ وَحَضَانَتِهِ عَلَيْهِ ، وَمَا يَضُرُّهُ وَهُوَ : كَوْنُهُ كَافِرًا ، فَقُبِلَ قَوْلُهُ فِيمَا يَنْفَعُ اللَّقِيطَ دُونَ مَا يَضُرُّهُ . وَلِأَنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ وَلَدُهُ وَهُوَ مُسْلِمٌ بِإِسْلَامِ أُمِّهِ ، وَإِذَا أَحْتَمَلَ هَذَا . . لَمْ يُحْكَمْ بِكُفْرِهِ مَنْ حُكِمَ بِإِسْلَامِهِ بِظَاهِرِ الدَّارِ بِقَوْلِ كَافِرٍ .

وَالصَّحِيحُ : طَرِيقَةُ أَبِي إِسْحَاقَ ، وَقَدْ نَصَّ الشَّافِعِيُّ عَلَيْهَا فِي « الْإِمْلَاءِ » . فكلُّ مَوْضِعٍ حَكَمْنَا بِكُفْرِهِ ، فَإِنَّ الشَّافِعِيَّ قَالَ : ( أَحَبُّتُ أَنْ أَجْعَلَهُ مُسْلِمًا ) . قَالَ أَصْحَابُنَا : أَرَادَ : أَنَّ الْمُسْتَحَبَّ أَنْ لَا يُدْفَعُ إِلَيْهِ ؛ لِثَلَاثٍ يَفْتَنُهُ عَنِ الْإِسْلَامِ إِنْ أَرَادَهُ ، بَلْ يُتْرَكُ فِي يَدِ الْمَلْتَقِطِ ، وَيُؤْخَذُ الْكَافِرُ بِنَفَقَتِهِ وَأُجْرَةِ حَضَانَتِهِ إِلَى أَنْ يَبْلُغَ . وَإِنْ وَصَفَ الْإِسْلَامَ . . حَكَمْنَا بِإِسْلَامِهِ مِنَ الْآنَ . وَإِنْ وَصَفَ الْكُفْرَ . . فَهُوَ كَافِرٌ لَمْ يَزَلْ ، وَدَفَعْنَاهُ إِلَى أَبِيهِ .

وَكُلُّ مَوْضِعٍ حَكَمْنَا بِإِسْلَامِهِ . . فَلَا يَجُوزُ دَفْعُهُ إِلَى أَبِيهِ ، بَلْ يُقَرُّ فِي يَدِ الْمَلْتَقِطِ وَيَطَالَبُ أَبُوهُ بِنَفَقَتِهِ وَأُجْرَةِ حَضَانَتِهِ إِلَى أَنْ يَبْلُغَ . فَإِنْ وَصَفَ الْإِسْلَامَ . . حَكَمْنَا بِأَنَّهُ مُسْلِمٌ لَمْ يَزَلْ . وَإِنْ وَصَفَ الْكُفْرَ . . فَهَلْ يَقَرُّ عَلَيْهِ ؟ يَأْتِي بَيَانُهُ .

مَسْأَلَةٌ : [دَعْوَةُ الْمَرْأَةِ] :

قَالَ الشَّافِعِيُّ : ( وَلَا دَعْوَةَ لِلْمَرْأَةِ إِلَّا بِبَيِّنَةٍ ) .

وَجُمْلَةُ ذَلِكَ : أَنَّ الْمَرْأَةَ إِذَا أَدَّعَتْ بُنُوَّةَ اللَّقِيطِ . . فَهَلْ تَقْبَلُ دَعْوَتَهَا مِنْ غَيْرِ بَيِّنَةٍ ؟ اختلف أصحابنا فيها على ثلاثة أقوال<sup>(٢)</sup> :

ف [الْأَوَّلُ] : مِنْهُمْ مَنْ قَالَ : لَا تُقْبَلُ دَعْوَتُهَا . وَهُوَ الْمَذْهَبُ ؛ لِأَنَّ الْأُمَّ يُمْكِنُهَا

(١) فِي ( م ) : ( ثُبُوت ) .

(٢) فِي ( م ) : ( أَوْجَه ) .



إقامة البيّنة على أنّ الولد منها قطعاً ، فلم يُقبل قولها بمجرّد الدعوى ، والأب لا يمكنه إقامة البيّنة على أنّ الولد منه قطعاً ، فلذلك قبلنا قوله ، كما نقول فيمن علق طلاق امرأته على ولادتها ، أو على دخول الدار ، فإنّه لا يُقبل قولها على الولادة والدخول إلاّ ببيّنة . ولو علق طلاقها على حيضها . . قبل قولها فيه من غير بيّنة .

و[الثاني] : منهم من قال : تُقبل دعوتها بكلّ حال ؛ لأنّها أحد الأبوين . . فقبل قولها في إلحاق النسب بها ، كالأب . ولأنّ المرأة كالرجل في الجهات التي يلحق منها النسب ، وتزيد عليه في أنّها يلحقها ولدها الذي زنت به . فإذا لحق الرجل النسب بالإقرار . . فالمرأة بذلك أولى .

فعلى هذا : إنّ كانت فراشاً لزوج أو سيّد . . لم يلحق الولد بالزوج ولا بالسيّد ؛ لأنّا إنّما ألحقناه بها لإقرارها . ولم يوجد من الرجل إقرار . وإنّ كانت مملوكة . . لم يحكم برقه ؛ لأنّا لا نقبل قولها فيما يضرّه .

و[الثالث] : منهم من قال : إنّ كانت فراشاً لزوج أو سيّد . . لم يلحقها النسب ؛ لأنّ ذلك يتضمّن إلحاق النسب بغيرها من غير رضاه . وإنّ كانت خالية من الفراش . . لحقها النسب ؛ لأنّه لا يتضمّن إلحاق النسب بغيرها .

**مسألة :** [ادعيا بنوة لقيط] :

إذا ادّعى رجلان بنوة لقيط . . لم يلحق بهما . وبه قال مالك وأحمد . وقال أبو حنيفة : ( يلحق بهما ) .

وقال المتأخرون من أصحاب أبي حنيفة : يجوز أن يلحق الولد بمئة أب .

دليلنا : قوله تعالى : ﴿ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَى ﴾ [الحجرات : ١٣] .

إذا ثبت هذا : نظرت في المتداعيين : فإنّ جاء معاً وأدّعا نسبه ، ولا بيّنة مع أحدهما . . فإنّه يعرض على القافة<sup>(١)</sup> . فإنّ ألحقته بأحدهما . . لحق به . وبه قال عليّ

(١) والقيافة ، مأخوذ من قاف أثره - من باب قال - : إذا اتبعه ، مثل قفا أثره ، والقائف : الذي يعرف الآثار ، يجمع على القافة مثل كافر وكفرة ، وهو : الذي يتبع العلامات والأمارات =

وَأَنَسٌ<sup>(١)</sup> ، وإحدى الروایتين عَنْ عَمَرَ<sup>(٢)</sup> . وَبِهِ قَالَ عَطَاءُ وَالْأَوْزَاعِيُّ وَمَالِكٌ وَأَحْمَدُ .

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : ( لَا أُرِيهِ الْقَافَةَ ، وَالْحَقُّهُ بِهِمَا ) .

دَلِيلُنَا : مَا رَوَى الشَّافِعِيُّ عَنْ سَفْيَانَ عَنِ الزُّهْرِيِّ عَنْ عُرْوَةَ عَنْ عَائِشَةَ قَالَتْ : دَخَلَ عَلَيَّ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَعْرَفُ السَّرُورِ فِي وَجْهِهِ ، فَقَالَ : « أَيُّ عَائِشَةَ : أَلَمْ تَرَيْنِي إِلَى مُجَزَّزٍ الْمُذْلَجِيِّ : نَظَرَ إِلَيَّ أَسَامَةُ وَزَيْدٌ عَلَيْهِمَا قَطِيفَةٌ ، وَقَدْ غَطَّيَا رُؤُوسَهُمَا وَبَدَتْ أَقْدَامُهُمَا فَقَالَ : إِنَّ هَذِهِ الْأَقْدَامَ بَعْضُهَا مِنْ بَعْضٍ »<sup>(٣)</sup> . وَلَوْ لَمْ يَكُنْ ذَلِكَ حَقًّا وَصَوَابًا . لَمَّا سُرَّ بِهِ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ .

وَرَوَى : ( أَنَّ عَمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : دَعَا قَائِفًا فِي رَجُلَيْنِ تَدَاعِيَا وَلَدًا ، فَقَالَ : لَقَدْ أَشْتَرَكَا فِيهِ ، فَقَالَ : وَالِإِيَّهُمَا شَتَّ )<sup>(٤)</sup> .

= الموجودة بشخصين أو أكثر ليحكم بوجود صلة بينهما بشبهة ونحوها من أب أو أخ فيلحق النسب بينهما ، والله أعلم .

(١) أخرج خبر أنس الشافعي في « ترتيب المسند » ( ٩٨ / ٢ ) وفيه : ( أنه شك في ابن له فدعا له القافة ) .

(٢) أخرج خبر عمر رضي الله عنه الشافعي في « ترتيب المسند » ( ٩٩ / ٢ ) في النسب ، وعبد الرزاق في « المصنف » ( ١٣٤٧٨ ) ، والبيهقي في « السنن الكبرى » ( ٢٦٣ / ١٠ ) في الدعوى والبيانات وفيه : ( هذا أمر لا أقضي فيه شيئاً ، ثم قال للغلام : اجعل نفسك حيث شئت ) ، ورواه عنه أيضاً عبد الرزاق في « المصنف » ( ١٣٤٧٥ ) بلفظ : ( أن رجلين ادعيا ولداً فدعا عمر القافة واقتدى في ذلك ببصر القافة ، وألحقه أحد الرجلين ) . وسيأتي نحوه .

(٣) أخرجه من طرق عن عائشة البخاري ( ٦٧٧٠ ) في الفرائض ، باب : القائف ، وبنحوه رواه مختصراً ( ٣٧٣١ ) في الفضائل ، ومسلم ( ١٤٥٩ ) في الرضاع ، باب : العمل بإلحاق القائف الولد ، وأبو داود ( ٢٢٦٧ ) و ( ٢٢٦٨ ) في الطلاق ، والترمذي ( ٢١٣٠ ) في الولاء والهبة ، والنسائي في « الصغرى » ( ٣٤٩٣ ) و ( ٣٤٩٤ ) وفي « الكبرى » ( ٥٦٨٧ ) و ( ٥٦٨٨ ) في الطلاق ، وابن ماجه ( ٢٣٤٩ ) في الأحكام ، والدارقطني في « السنن » ( ٢٤٠ / ٤ ) ، والبيهقي في « السنن الكبرى » ( ٢٦٢ / ١٠ ) في الدعوى والبيانات . ومن ألفاظه . « يا عائشة أَلَمْ تَرِي » و : « أَلَمْ تَرِي أَنْ مُجَزَّزاً . . . » و : « أَلَمْ تَرِي يَا عَائِشَةُ » و : « تَبَسَّمَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ وَأَعْجَبَهُ ذَلِكَ » قال ابن كثير في « إرشاد الفقيه » ( ٩٩ / ٢ ) : فدل على اعتبار قول القائف في ذلك . . . . وقد تكلم بعض من لا يعلم في ذلك ، فلما قال مجزز ذلك فرح النبي ﷺ .

(٤) أخرج خبر عمر من طريقين مالك في « الموطأ » ( ٧٤٠ / ٢ ) ، ومن طريقه الشافعي في « ترتيب =

وإن سَبَقَ أَحَدُهُمَا بالدَعْوَى ، أَوْ ادَّعِيَاهُ معاً ، وَكَانَ فِي يَدِ أَحَدِهِمَا . . فهل يُقَدَّمُ السابقُ بالدَّعْوَى أَوْ صَاحِبُ اليَدِ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ ، حَكَاهُمَا أَبُو اللَّبَّانِ :  
أَحَدُهُمَا : يُقَدَّمُ السابقُ بالدَّعْوَى ، وَصَاحِبُ اليَدِ لَا مَزِيَّةَ لَهُ بِذَلِكَ .  
فَعَلَى هَذَا : لَوْ كَانَ فِي يَدِ أَحَدِهِمَا ، فَسَبَقَ أَحَدُهُمَا بِدَعْوَاهُ ، ثُمَّ ادَّعَاهُ صَاحِبُ اليَدِ . . قُدِّمَ السابقُ بالدَّعْوَى ؛ لِأَنَّهُ قَدْ حُكِمَ بِثَبُوتِ نَسَبِهِ مِنَ الْأَوَّلِ .

وَالْوَجْهُ الثَّانِي : أَنَّهُ لَا يُقَدَّمُ السابقُ بالدَعْوَى وَلَا صَاحِبُ اليَدِ . بل يُعْرَضُ عَلَى الْقَافَةِ ، وَهُوَ الْمَنْصُوصُ ؛ لِأَنَّ وَلَدَ الْإِنْسَانِ قَدْ يَكُونُ فِي يَدِ غَيْرِهِ . وَلِأَنَّ اليَدَ إِنَّمَا تَدُلُّ عَلَى الْمِلِكِ لَا عَلَى النَّسَبِ . وَأَمَّا السَّبْقُ بالدَعْوَى : فَإِنَّهُ إِذَا لَمْ يُقَدَّمْ بِهِ فِي الْمِلِكِ . . ففِي النَّسَبِ أَوْلَى . فَإِنْ عَلِمَ أَنَّ أَحَدَهُمَا قَدْ سَبَقَ بالدَعْوَى وَأَشْكَلَ عَلَيْهِ<sup>(١)</sup> ، وَقَلْنَا : يُقَدَّمُ السابقُ بالدَعْوَى . . ففِيهِ وَجْهَانِ<sup>(٢)</sup> خَرَّجَهُمَا أَبُو اللَّبَّانِ :

أَحَدُهُمَا : يَكُونُ كَمَا لَوْ ادَّعِيَاهُ معاً . فَيُعْرَضُ عَلَى الْقَافَةِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَثْبِتِ السابقُ .  
وَالثَّانِي : لَا يُعْرَضُ عَلَى الْقَافَةِ ، بَلْ يَوْقَفُ أَبَدًا ؛ لِأَنَّهُ يُرْجَى مَعْرِفَةُ السابقِ بِقِيَامِ الْبَيِّنَةِ<sup>(٣)</sup> .

فِرْعُ : [ ادْعِيَا نَسْبًا لَهُ فترجحه القافة ] :

إِذَا ادَّعَى رَجُلٌ نَسَبَ لِقَيْطٍ . . لِحَقِّ بِهِ . فَلَوْ جَاءَ آخَرٌ بَعْدَهُ وادَّعَى نَسَبَهُ وَلَا بَيِّنَةً ، وَقَلْنَا : لَا يُقَدَّمُ السابقُ بالدَّعْوَى . . فَإِنَّهُ يُعْرَضُ عَلَى الْقَافَةِ ، وَفِي كَيْفِيَّةِ عَرْضِهِ عَلَى الْقَافَةِ وَجْهَانِ :

= الْمُسْنَدُ « ( ١٠٠ / ٢ ) ( ١٠١ ) ، وَالْبَيْهَقِيُّ فِي « السَّنَنِ الْكُبْرَى » ( ٢٦٣ / ١٠ ) فِي الدَّعْوَى وَالْبَيِّنَاتِ وَفِي الْبَابِ عَنْهُ وَقَدْ سَلَفَ .

وَقَدْ رَوَى عَنْ الزَّهْرِيِّ نَحْوَ خَيْرِ عُمَرَ عَبْدِ الرَّزَّاقِ فِي « الْمَصْنَفِ » ( ١٣٤٨٠ ) وَفِيهِ : أَنَّ رَجُلًا وَقَعَ عَلَى أُمِّهِ فِي عَدَّتِهَا مِنْ زَوْجِهَا فَقَالَ : يَدْعَى لَهَا الْقَائِفُ فَإِنْ عَمِرَ بَنَ الْخَطَّابُ وَمِنْ بَعْدِهِ قَدْ أَخَذُوا بِنَظَرِ الْقَافَةِ فِي مِثْلِ هَذَا .

(١) فِي نَسْخَةٍ : ( عَيْنُهُ ) .

(٢) فِي نَسْخَةٍ : ( قَوْلَانِ ) .

(٣) قَالَ النَّوَاوِيُّ فِي « رَوْضَةِ الطَّالِبِينَ » ( ٥٠٦ / ٤ - ٥٠٧ ) : وَلَوْ أَلْحَقَهُ الْقَائِفُ بِأَحَدِهِمَا ، وَأَقَامَ الْآخِرَ بَيِّنَةً ، قَدِمَتْ الْبَيِّنَةُ ؛ لِأَنَّهَا حُجَّةٌ فِي كُلِّ خُصُومَةٍ .

أحدهما - وهو المشهور - : أَنَّهُ يُعْرَضُ مَعَ الثَّانِي وَحْدَهُ ، فَإِنْ لَمْ تُلْحَقْهُ بِالثَّانِي ، أَوْ نَفَتْهُ عَنْهُ . . لِحَقِّ بِالْأَوَّلِ بِدَعْوَتِهِ الْأُولَى . وَإِنْ أَلْحَقْتُهُ بِالثَّانِي . . عُرِضَ أَيْضاً مَعَ الْأَوَّلِ ، فَإِنْ لَمْ تُلْحَقْهُ بِالْأَوَّلِ ، أَوْ نَفَتْهُ عَنْهُ . . لِحَقِّ بِالثَّانِي وَأَنْتَزَعَ مِنْ يَدِ الْأَوَّلِ . وَإِنْ أَلْحَقْتُهُ بِالْأَوَّلِ . . لَمْ يَثْبُتْ نَسَبُهُ مِنْ أَحَدِهِمَا ، وَتُرِكَ حَتَّى يَبْلُغَ ، وَيَنْتَسِبَ إِلَى أَحَدِهِمَا .

وَحَكَى أَبُو سَرِيحٍ عَنْ بَعْضِ أَصْحَابِنَا : أَنَّهُ يُلْحَقُ بِهِمَا . وَلَيْسَ بِشَيْءٍ .

وَالْوَجْهُ الثَّانِي : أَنَّ الْوَلَدَ يُعْرَضُ مَعَ الْأَوَّلِ وَالثَّانِي مَعاً ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ أَباً ، وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ ثَبَتَ نَسَبُهُ مِنَ الْأَوَّلِ بِدَعْوَتِهِ السَّابِقَةِ .

وَأَمَّا إِذَا جَاءَا مَعاً وَأَدَّعَا نَسَبَهُ : فَإِنَّهُ يُعْرَضُ مَعَهُمَا عَلَى الْقَافَةِ ؛ لِأَنَّهُ لَا مَزِيَّةَ لِأَحَدِهِمَا عَلَى الْآخَرِ ، فَإِنْ أَلْحَقْتُهُ بِأَحَدِهِمَا . . لِحَقِّ بِهِ ، وَأَنْتَفَى عَنِ الْآخَرِ . وَإِنْ أَلْحَقْتُهُ بِهِمَا . . لَمْ يُلْحَقْ بِهِمَا ، وَتُرِكَ حَتَّى يَبْلُغَ وَيَنْتَسِبَ إِلَى أَحَدِهِمَا .

وَقَالَ بَعْضُ أَصْحَابِنَا : يُلْحَقُ بِهِمَا ، وَهُوَ قَوْلُ أَحْمَدَ ، وَلَيْسَ بِشَيْءٍ ؛ لَمَّا ذَكَرْنَاهُ مِنْ حَدِيثِ عُمَرَ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ أَبْنَهُمَا . وَهَكَذَا إِنْ نَفَتْهُ الْقَافَةُ عَنْهُمَا ، أَوْ لَمْ يَكُنْ هُنَاكَ قَافَةٌ ، أَوْ كَانَتْ وَأَشْكَلَ عَلَيْهَا الْأَمْرُ . . فَإِنَّهُ يُتْرَكُ حَتَّى يَبْلُغَ ، أَوْ يَقَالَ لَهُ : أَنْتَسِبْ إِلَى مَنْ يَمِيلُ إِلَيْهِ طَبْعُكَ ؛ لِحَدِيثِ عُمَرَ ، وَلِأَنَّ الْوَلَدَ يَمِيلُ طَبْعُهُ إِلَى مَنْ هُوَ مِنْهُ .

فَإِنْ أَنْتَسَبَ إِلَى أَحَدِهِمَا ، ثُمَّ قَالَ بَعْدَ ذَلِكَ : أَخْطَأْتُ ، وَإِنَّمَا أَنَا ابْنُ الْآخَرِ . . لَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهُ . وَهَكَذَا لَوْ أَلْحَقْتُهُ الْقَافَةَ بِأَحَدِهِمَا ، ثُمَّ قَالَتْ : أَخْطَأْتُ ، وَإِنَّمَا هُوَ ابْنُ الْآخَرِ . . لَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهَا ؛ لِأَنَّهُ قَدْ ثَبَتَ نَسَبُهُ مِنَ الْأَوَّلِ بِقَوْلِهَا ، فَلَا يَسْقُطُ بِقَوْلِهَا ، كَمَا لَوْ أَدَّعَى رَجُلَانِ عَيْنًا ، فَشَهِدَ لِأَحَدِهِمَا بِهَا شَاهِدَانِ ، وَحَكَمَ بِشَهَادَتِهِمَا ، ثُمَّ قَالَا : أَخْطَأْنَا ، وَإِنَّمَا هِيَ مِلْكُ الْآخَرِ . . فَإِنَّهُ لَا يَحْكُمُ بِهَا لِلثَّانِي .

وَهَلْ يَصَحُّ أَنْ يَنْتَسِبَ إِلَى أَحَدِهِمَا إِذَا صَارَ مُمَيَّزاً قَبْلَ أَنْ يَبْلُغَ ؟ فِيهِ قَوْلَانِ <sup>(١)</sup> :

أَحَدُهُمَا : يَصَحُّ ، كَمَا يَصَحُّ أَنْ يَخْتَارَ الْوَلَدُ الْكَوْنَ مَعَ أَحَدِ الْأَبَوَيْنِ إِذَا صَارَ مُمَيَّزاً ، وَإِنْ لَمْ يَبْلُغَ .



والثاني : لا يصح ؛ لأنَّ قوله يثبت به النسب وتلزم به الأحكام ، فلم يصح من الصبي بخلاف الكون مع أحد الأبوين . . فإنه غير لازم .

وأما إذا كان هناك بيّنة ، فإن كانت مع أحدهما دون الآخر . . حكم لصاحب البيّنة ؛ لأنَّ البيّنة أقوى من الدّعوى ، كما قلنا في الملك . وإن كان مع كلّ واحد منهما بيّنة . . تعارضتا . وفي البيّنتين إذا تعارضتا قولان :

أحدهما : أنهما تسقطان . وهو الصحيح .

فعلى هذا : يكون كما لو لم يكن هناك بيّنة ، فيعرض على القافة .

والثاني : أنهما تستعملان ، وفي الاستعمال ثلاثة أقوال :

أحدها : القسمة . والثاني : الوقف . والثالث : القرعة .

ولا تجيء هاهنا القسمة ولا الوقف ؛ لأنَّ القسمة لا تمكن ، والوقف يضر باللقيط . وهل تجيء هاهنا القرعة ؟ فيه وجهان :

[الوجه الأوّل] : قال الشيخ أبو حامد : يُقرع بينهما . فمن خرجت له القرعة . .

حكم له بالنسب ، وهل يحلف من خرجت له القرعة ؟ فيه قولان يأتي بيانهما .

و[الثاني] : قال القاضي أبو الطيّب : لا يُقرع بينهما ؛ لأنَّ القرعة لا مدخل لها في

النسب . وإنما يُعرض على القافة . قال ابن الصّبّاغ : وهذا أقيس .

فإن ادّعى الملتقط نسب اللقيط . . ثبت نسبه منه . فإن جاء آخر وادّعى أنه ابنه ،

فإن أقام الثاني بيّنة ، ولا بيّنة مع الملتقط . . لحق النسب بالثاني ؛ لأنَّ البيّنة أقوى من

الدّعوى واليد . وإن أقام الأوّل بيّنة أيضاً . . تعارضت البيّتان ، وكان الحكم فيه

ما مضى في تعارض البيّتين .

فإن قيل : هلاّ قدّمتم بيّنة الملتقط كما قدّمتم بيّنة صاحب اليد في الملك ؟

قلنا : لا نقول ذلك ؛ لأنَّ اليد لا تدلّ على الأنساب ، وإنما تدلّ على الأملاك ،

ولأنَّ الملك قد يحصل باليد - وهو : الاصطياد والاغتنام - والنسب لا يحصل باليد

بحال .

فرعٌ : [ذكر علامة من أحدهما لا تقدّمه] :

وإن ادّعى رجلان نسب لقيط ، وذكر أحدهما في اللقيط علامة ، من خال<sup>(١)</sup> في بدنه ، أو شامة<sup>(٢)</sup> ، وما أشبه ذلك ، ولم يذكر الآخر ذلك . . لم يقدّم الوصف له بذلك .

وقال أبو حنيفة : ( يقدّم الوصف له بذلك ) .

دليلنا : أن معرفة العلامة هو وصف للمدّعى ، والمدّعي لا يقدّم بوصف ما ادّعاه ، كما لو ادّعى ملك عين ووصفها أحدهما .

وإن ادّعى حرّ وعبد نسب لقيط ، أو مسلم وكافر<sup>(٣)</sup> . . لم يقدّم أحدهما على الآخر .

وقال أبو حنيفة : ( يقدّم الحرّ على العبد ، والمسلم على الكافر ) .

ودليلنا : أن كلّ واحد منهما لو انفرد بالدّعى . . قبلت دعواه<sup>(٤)</sup> ، فإذا اجتمعا . . تساويا ، كالحرّين المسلمين .

فرعٌ : [ادعتا ولادة لقيط] :

وإن ادّعت امرأتان ولادة لقيط ، ولا بينة لواحدة منهما :

فإن قلنا : لا تُقبل دعوى المرأة في النسب بكلّ حال . . لم تُقبل دعوى واحدة منهما .

وإن قلنا : تُقبل دعوتها إذا لم تكن فراشاً ، ولا تُقبل إذا كانت فراشاً ، فإن كانتا

(١) الخال : نقطة سوداء تكون في نحو وجه الإنسان كالشامة الكبيرة ، وقد يكون عليها شعرات .

(٢) الشامة - تجمع على شام - : علامة في البدن يخالف لونها لون البشرة .

(٣) سلف نحوه قبل في فرع : إدعاء المسلم وغيره نسب لقيط .

(٤) في ( م ) : ( دعوته ) .

فِرَاشَيْنِ لِرَجُلَيْنِ . . لَمْ تَقْبَلْ دَعْوَتُهُمَا . وَإِنْ كَانَتْ إِحْدَاهُمَا فِرَاشاً دُونَ الْأُخْرَى . . قُدِّمَتْ دَعْوَةُ مَنْ لَيْسَتْ بِفِرَاشٍ .

وَإِنْ كَانَتَا لَيْسَتَا بِفِرَاشٍ ، أَوْ قُلْنَا : تُقْبَلُ دَعْوَةُ الْمَرْأَةِ بِكُلِّ حَالٍ . . فَهَلْ تُعَرِّضَانِ عَلَى الْقَافَةِ مَعَ الْوَلَدِ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ ، حَكَاهُمَا الشَّيْخُ أَبُو إِسْحَاقَ :

أَحَدُهُمَا : لَا يُعَرِّضَانِ ؛ لِأَنَّ الْأُمَّ يُمْكِنُ مَعْرِفَتُهَا يَقِيناً مِنْ طَرِيقِ الْمَشَاهِدَةِ<sup>(١)</sup> ، فَلَمْ يُرْجَعْ فِيهِ إِلَى الْقَافَةِ .

وَالثَّانِي : أَنَّهُمَا تُعَرِّضَانِ مَعَ الْوَلَدِ عَلَى الْقَافَةِ ، وَلَمْ يَذْكُرِ ابْنُ الصَّبَّاحِ غَيْرَهُ ؛ لِأَنَّهُمَا أَحَدُ الْأَبْوَيْنِ ، فَعُرِّضَتَا مَعَ الْوَلَدِ عَلَى الْقَافَةِ ، كَالرَّجُلَيْنِ .

وَإِنْ أَقَامَتْ إِحْدَاهُمَا بَيِّنَةً بِالْوِلَادَةِ : رَجُلَيْنِ ، أَوْ رَجُلًا وَأَمْرَأَتَيْنِ ، أَوْ أَرْبَعَ نِسْوَةٍ . . حُكِمَ بِثَبُوتِ النِّسْبِ مِنْهَا ؛ لِأَنَّ الْبَيِّنَةَ أَقْوَى مِنَ الدَّعْوَى . فَإِنْ كَانَتْ فِرَاشاً لَزَوْجٍ أَوْ سَيِّدٍ . . لِحَقِّ بِهِ الْوَلَدُ ؛ لِأَنَّ الْبَيِّنَةَ قَدْ شَهِدَتْ بِوِلَادَتِهَا لَهُ ، فَلِحَقِّ صَاحِبِ الْفِرَاشِ ، وَيُخَالَفُ إِذَا أَلْحَقْنَاهُ بِهَا بِإِقْرَارِهَا ؛ لِأَنَّا لَا نُلْحِقُهُ بِغَيْرِ الْمَقَرِّ .

وَإِنْ أَقَامَتْ كُلُّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا بَيِّنَةً بِالْوِلَادَةِ ، فَإِنْ قُلْنَا : إِنَّهُمَا تَسْقُطَانِ . . كَانَ كَمَا لَوْ لَمْ تَكُنْ بَيِّنَةً ، وَقَدْ مَضَى . وَإِنْ قُلْنَا : تُسْتَعْمَلَانِ . . فَلَا يَجِيءُ الْوَقْفُ وَلَا الْقِسْمَةُ .

قَالَ الشَّيْخُ أَبُو حَامِدٍ وَابْنُ الصَّبَّاحِ : وَلَا تَجِيءُ هَاهُنَا الْقُرْعَةُ ؛ لِأَنَّ مَعَنَا مَا هُوَ أَقْوَى مِنَ الْقُرْعَةِ وَهُوَ الْقَافَةُ ، فَنَعْرِضُهُ عَلَيْهَا ، فَإِنْ أَلْحَقْتُهُ بِأَحَدَاهُمَا . . قَوَّيْنَا بَيِّنَتَهَا بِذَلِكَ ، وَأَلْحَقْنَاهُ بِهَا وَبِزَوْجِهَا ، وَلَا يَنْتَفِي عَنْهُ إِلَّا بِاللَّعَانِ . وَإِنْ أَلْحَقْتُهُ الْقَافَةَ بِهَا ، أَوْ نَفْتَهُ

(١) فِي نَسْخَةٍ : ( الشَّهَادَةُ ) . فَائِدَةٌ فِي الْبَابِ :

رَوَى عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ الْبَخَارِيُّ ( ٦٧٦٩ ) فِي الْفَرَائِضِ ، وَمُسْلِمٌ ( ١٧٢٠ ) فِي الْأَقْضِيَةِ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ قَالَ : « بَيْنَمَا امْرَأَتَانِ مِنْ بَنِي إِسْرَائِيلَ مَعَهُمَا ابْنَاهُمَا ، عَدَا الذُّبُّ فَأَخَذَ ابْنُ إِحْدَاهُمَا فَتَنَازَعَتَا فِي ابْنِ الْأُخْرَى ، فَاخْتَصِمَتَا إِلَى دَاوُدَ عَلَيْهِ السَّلَامُ ، فَحُكِمَ بِهِ لِلْكَبْرَى ، فَمَرَّتَا عَلَى سُلَيْمَانَ ، فَسَأَلَهُمَا ، فَذَكَرْتَا لَهُ ، فَقَالَ : ائْتُونِي بِالسَّكِينِ أَشَقَّهُ بَيْنَكُمَا ، فَقَالَتِ الصَّغْرَى : لَا تَفْعَلْ يَرْحَمُكَ اللَّهُ ، وَهُوَ وَلَدُهَا ، فَحُكِمَ بِهِ لَهَا » .  
فِي الْحَدِيثِ : دَلِيلٌ عَلَى صِحَّةِ دَعْوَى الْمَرْأَةِ الْوَلَدَ وَقَبُولِهَا .

عنهما ، أو أشكلَ عليها الأمرُ ، أو لم يكنْ قافَةً . تركَ الولدُ حتَّى يبلغَ وينتسبَ إلى إحداهما ، وتكونُ نفقتهُ عليهما .

فإذا انتسبَ إلى إحداهما . رجَّحنا بهِ بَيِّنَتها ، ولحقها ولحقَ زوجها ، وأنتفى عنه باللعانِ .

فإن ماتَ إحدى المرأتين ، أو ماتَ زوجها قبلَ بلوغِ اللَّقِيطِ . . عزَلَ مِنْ ميراثِ الميتِ ميراثُ ابنِ . فإن بلغَ وانتسبَ إلى الميتةِ . . أخذَ ما عزَلَ له مِنْ ميراثِها ، أو مِنْ ميراثِ زوجها .

وإن انتسبَ إلى الحيَّةِ . . رُدَّ المعزولُ على ورثةِ الميتةِ .

فرعٌ : [أدعاء رجل وامرأة لقيطاً] :

ذكر الطبريُّ : إذا اجتمعَ رجلٌ وامرأةٌ ، وللرجلِ زوجةٌ غيرُ هذه المرأةِ ، وللمرأةِ زوجٌ غيرُ هذا الرجلِ . فأدَّعى كلُّ واحدٍ منهما بنوَّةَ اللقيطِ ، وأقامَ كلُّ واحدٍ منهما بَيِّنَةً . قال أبو العباسِ ابنُ سريجٍ : ففيه أربعةُ أقوالٍ <sup>(١)</sup> :

أحدها : أنَّ بَيِّنَةَ الرجلِ أولى ؛ لأنَّا لو ألحقناه بالمرأةِ . . لالتحقَ بزوجها مِنْ غيرِ أَنْ يدَّعيه .

والثاني : أنَّ بَيِّنَةَ المرأةِ أولى ؛ لأنَّ خروجَ الولدِ منها يُعرفُ بالمشاهدةِ والقطعِ ، وخروجَ الولدِ مِنَ الزوجِ لا يُعلمُ إلا بغلبةِ الظنِّ .

والثالثُ : أنَّهما يتعارضان ؛ لأنَّه ليسَ إحداهما بأولى مِنَ الأخرى .

والرابعُ : أنَّه يُعرضُ معهما على القافةِ .

مسألةٌ : [أشتركا بوطء وجاء ولد] :

إذا أشتركَ رجلانِ في وطءِ امرأةٍ ، وأتتْ بولدٍ يمكنُ أَنْ يكونَ مِنْ كلِّ واحدٍ منهما ، وأدَّعى أحدهما أنَّه أبْنُهُ وصادقُهُ الآخرُ . . ففيه قولانِ حكاهما الطبريُّ :

(١) في ( م ) : ( أوجه ) .



أحدهما : أَنَّهُ يُحْكَمُ بِأَنَّهُ أَبْنٌ لِلْمَدَّعِي ، كَمَا لَوْ كَانَ فِي يَدِهِمَا عَيْنٌ فَأَدَّعَى أَحَدُهُمَا مِلْكَهَا ، وَصَادَقَهُ الْآخَرُ .

والثاني : أَنَّهُ لَا يَنْتَفِي عَنِ الْآخِرِ بِالصَّادَقَةِ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ وُجِدَ مِنْهُ الْوَطْءُ ، وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ أَبْنَهُ . . فَلَا يَنْتَفِي عَنْهُ بِالْإِنْكَارِ ، كَمَا لَوْ وَطِئَ أَمْرَأَةً وَأَنْفَرَدَ بِوَطْئِهَا ، فَأَتَتْ بِوَلَدٍ يُمْكِنُ أَنْ يَكُونَ مِنْهُ ، وَتَصَادَقَ الرَّجُلُ وَالْمَرْأَةُ أَنَّهُ لَيْسَ بِأَبْنِهِ . فَعَلَى هَذَا : يُعْرَضُ مَعَهُمَا عَلَى الْقَافَةِ .

مَسْأَلَةٌ : [أُعْتَبَرَ قَوْلُ قَائِفٍ] :

وَهَلْ يَصَحُّ أَنْ يُحْكَمَ بِقَوْلِ قَائِفٍ وَاحِدٍ ؟ فِيهِ قَوْلَانِ <sup>(١)</sup> :

أحدهما : يَصَحُّ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ إِنَّمَا سُرَّ <sup>(٢)</sup> بِقَوْلِ مُجَزِّزِ الْمَدْلُجِيِّ وَحْدَهُ . وَلِأَنَّهُ مَجْتَهِدٌ . . فَقُبِلَ فِيهِ قَوْلُ الْوَاحِدِ ، كَالْقَاضِي .

والثاني : لَا يَصَحُّ إِلَّا بِقَوْلِ اثْنَيْنِ ؛ لِأَنَّهُ حُكِمَ بِالشَّبهِ <sup>(٣)</sup> فِي الْخَلْقَةِ . . فَلَمْ يَقْبَلْ إِلَّا مِنْ اثْنَيْنِ ، كَالْحُكْمِ فِي الْمِثْلِ فِي جِزَاءِ الصَّيْدِ .

وَهَلْ يَصَحُّ أَنْ يَكُونَ الْقَائِفُ أَمْرَأَةً ؟ فِيهِ قَوْلَانِ <sup>(٤)</sup> حَكَاهُمَا الْقَاضِي أَبُو الطَّيِّبِ :

أحدهما : لَا يَصَحُّ ؛ لِأَنَّ الْقَائِفَ يَجْرِي مَجْرَى الْحَاكِمِ ، وَالْمَرْأَةُ لَا يَصَحُّ أَنْ تَكُونَ حَاكِمًا .

والثاني : يَصَحُّ ؛ لِأَنَّ قَوْلَ الْقَائِفِ يَجْرِي مَجْرَى الشَّهَادَةِ ، وَقَوْلُ الْمَرْأَةِ يُقْبَلُ فِي النَّسَبِ وَهُوَ الشَّهَادَةُ .

قَالَ أَبُو الصَّبَّاحِ : وَهَذَا ضَعِيفٌ ؛ لِأَنَّ شَهَادَتَهَا لَا تُقْبَلُ فِي النَّسَبِ ، وَإِنَّمَا تُقْبَلُ فِي الْوَلَادَةِ .

(١) فِي ( م ) : ( وَجْهَان ) .

(٢) فِي ( م ) : ( عَمَل ) .

(٣) فِي ( م ) : ( يَدِيهِ ) ، وَلَعَلَّهَا تَصَحَّفَتْ عَنْ : بَدَنِهِ ، أَوْ بَدِيَةِ ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

(٤) فِي ( م ) : ( وَجْهَان ) وَكَذَا فِي الْمَوَاضِعِ الْآتِيَةِ أَيْضًا .

قال المسعودي [في «الإبانة» ق/٣٦٨] : وهل يصحُّ أن يكون القائفُ عبداً ؟ فيه قولان بناءً على أنَّ القيافةَ حكمٌ أو شهادةٌ ، فإنَّ قلنا : حكمٌ . . لم يصحَّ . وإنَّ قلنا : شهادةٌ . . صحَّ . قلتُ : هذا ضعيفٌ ؛ لأنَّ العبدَ لا يصحُّ أن يكون شاهداً بحالٍ .

وهل يصحُّ أن يكون القائفُ من غيرِ بني مُدَلِّجٍ ؟ فيه قولان<sup>(١)</sup> :

أحدهما : لا يصحُّ ؛ لـ : ( أنَّ النبيَّ ﷺ إنما سرَّ بقولٍ مجزَّزٍ المُدَلِّجِي ) . ولأنَّ القيافةَ في طباعِ بني مدلجٍ من كِنانةٍ ، فلم يصحَّ من غيرهم .

والثاني : يصحُّ ، وهو الصحيح ؛ لأنَّه عِلْمٌ يُتَعَلَّمُ وَيُتَعَاطَى فلم تختصَّ به قبيلةٌ بعينها ، كالعلمِ بالأحكام .

وأما الخبرُ : فلا يدلُّ على أنَّه يختصُّ ببني مدلجٍ ، ولو كان كذلك ، لاختصَّت القيافةُ بمجزَّزِ المدلجيِّ وحده ؛ لأنَّ النبيَّ ﷺ إنما سرَّ بقوله<sup>(٢)</sup> .

فرعٌ : [عدالة القائف] :

ولا يُحكمُ بقولِ القائفِ حتَّى يكونَ عدلاً ؛ لأنَّ الحكمَ والشهادةَ لا تصحُّ إلا من عدلٍ . ولا يصحُّ الحكمُ بقوله حتَّى يكونَ حاذقاً في القيافةِ ، مجرباً ، كما لا يُقبلُ الحكمُ إلا ممَّن عُرِفَ حِذْقُهُ في الحكمِ .

قال البغدادِيُّونَ من أصحابنا : ومعرفةُ حِذْقِهِ في ذلك : بأن يُرى صبيّاً ثابتَ النَّسَبِ من رجلٍ بعينه ، لا يعرفُ القائفُ أباهُ ، مع جماعةٍ ليسَ فيهِم أبوهُ ، فيقالُ : أيُّهم أبوهُ منهم ؟ فإنَّ قالَ : ليسَ فيهِم أبوهُ . . أرى الصبيَّ مع جماعةٍ رجالٍ فيهِم أبوهُ ، فيقالُ : أيُّهم أبوهُ منهم ؟ فإذا أخبرنا بأبيه منهم . . عُلِمَ صدقُهُ<sup>(٣)</sup> .

وقال المسعوديُّ [في «الإبانة» ق/٣٦٨] : معرفةُ حِذْقِهِ : بأن يُؤتَى بالولدِ ونسوةٍ

(١) في ( م ) : ( وجهان ) .

(٢) جاء في «السنن الكبرى» ( ٢٦٣/١٠ ) في الدعوى والبيانات : أن القيافة كانت في بني أسد وخزاعة وبني المصطلق ، فلا تختص بهم إذن ، والله أعلم .

(٣) صدقه : أي خبرته ومعرفته .

فيهِنَّ أُمَّهُ ، فيقالُ : أَيْتُهُنَّ أُمَّهُ مِنْهُنَّ ؟ فَإِنْ أَصَابَهَا . . عُلِمَ صِدْقُهُ ؛ لِأَنَّ كَوْنَ الْوَلَدِ مِنْهَا معلومٌ قطعاً ، بخلافِ الأبِ .

قالَ المحامليُّ : وَأَصْحَابُنَا أَطْلَقُوا ذَلِكَ ، وَلَمْ يَذْكُرُوا تَكَرُّرَ ذَلِكَ مِنْهُ .

والأشبهُ بالمذهبِ : أَنَّهُ يَحْتَاجُ إِلَى أَنْ يَتَكَرَّرَ ذَلِكَ مِنْهُ ثَلَاثَ مَرَّاتٍ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ يَتَّفَقُ مِنْهُ ذَلِكَ مَرَّةً أَوْ مَرَّتَيْنِ . فَإِذَا تَكَرَّرَ مِنْهُ ثَلَاثَ مَرَّاتٍ . . عُلِمَ أَنَّهُ مِنْ أَهْلِ الصَّنْعَةِ<sup>(١)</sup> بِذَلِكَ .

فرعٌ : [كيف يُلْحَقُ القائف ؟] :

والأشباهُ التي يُلْحَقُ بِهَا القائفُ نوعانِ<sup>(٢)</sup> : ظاهرةٌ وخفيَّةٌ :

فـ(الظاهرةُ) : كَالسَّوَادِ وَالْبَيَاضِ وَمَا أَشْبَهَهُمَا مِمَّا يَشْتَرِكُ فِي مَعْرِفَتِهَا الْخَاصُّ وَالْعَامُّ .

و(الخفيَّةُ) : هِيَ الشَّبَهُ بِالْأَطْرَافِ ، كَالْأَيْدِي وَالْأَرْجُلِ . فَهَذَا يَخْتَصُّ بِمَعْرِفَتِهِ الْقَافَةُ .

فَإِنْ تَنَازَعَ رَجُلَانِ فِي نَسَبِ صَبِيٍّ ، وَكَانَ يَشْبَهُ أَحَدَهُمَا بِالْأَشْبَاهِ الظَّاهِرَةِ ، وَيُشْبَهُ الْآخَرَ بِالْأَشْبَاهِ الْخَفِيَّةِ . . فَفِيهِ قَوْلَانِ :

أَحَدُهُمَا : يُلْحَقُ بِمَنْ يُشْبَهُهُ بِالْأَشْبَاهِ الظَّاهِرَةِ ؛ لِأَنَّ الْأَشْبَاهَ الظَّاهِرَةَ كَالنَّصْرِ ، وَالْأَشْبَاهَ الْخَفِيَّةَ كَالْقِيَاسِ ، وَالنَّصْرُ مُقَدَّمٌ عَلَى الْقِيَاسِ .

وَالثَّانِي : يُلْحَقُ بِمَنْ يُشْبَهُهُ بِالْأَشْبَاهِ الْخَفِيَّةِ ؛ لِأَنَّ الْأَشْبَاهَ الظَّاهِرَةَ كَالْعُمُومِ وَالْخَفِيَّةَ كَالْخَاصِّ وَالْخَاصُّ مُقَدَّمٌ عَلَى الْعُمُومِ . وَلِأَنَّ الظَّاهِرَةَ مَعْرِفَةُ الْعَامَّةِ ، وَالْخَفِيَّةَ مَعْرِفَةُ الْخَاصَّةِ ، وَالْخَاصَّةُ مُقَدَّمَةٌ عَلَى الْعَامَّةِ .

(١) الصَّنْعَةُ : أَيِ إِتْقَانِ الْحِرْفَةِ بِاسْتِنْبَاطِ الشَّبهِ وَإِلْحَاقِ النِّسَبِ .

(٢) فِي ( م ) : ( ضَرْبَانِ ) وَهُمَا بِمَعْنَى .

فرعٌ : [اختلف قول القافة] :

فإنَّ أَلْحَقَّتْهُ الْقَافَةُ بِأَحَدِهِمَا ، ثُمَّ جَاءَ الْآخَرُ بِقَافَةٍ أُخْرَى وَأَلْحَقَّتْهُ بِالثَّانِي . . لَمْ يُلْحَقْ بِالثَّانِي ؛ لِأَنَّ الْقَائِفَ كَالْحَاكِمِ ، وَلَوْ حَكَمَ حَاكِمٌ بَعِيْنٍ لِرَجُلٍ . . لَمْ يُحْكَمْ بِهَا لِآخَرَ بِحُكْمِ حَاكِمٍ آخَرَ .

وهكذا : لو قَالَ الْقَائِفُ - بَعْدَ أَنْ أَلْحَقَّتْهُ بِأَحَدِهِمَا - : أَخْطَأْتُ ، وَإِنَّمَا هُوَ أَبْنُ الْآخَرِ . . لَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهُ ، كَمَا لَوْ حَكَمَ الْحَاكِمُ بَعِيْنٍ لِرَجُلٍ ، ثُمَّ تَغَيَّرَ أَجْتِهَادُهُ . . فَإِنَّهُ لَا يَنْقُضُ .

فرعٌ : [عرض الميت على القافة] :

وإنَّ مَاتَ الْوَلَدُ قَبْلَ أَنْ يُعْرَضَ عَلَى الْقَافَةِ . . فَهَلْ يُعْرَضُ قَبْلَ الدَّفْنِ ؟ فِيهِ قَوْلَانِ : أَحَدُهُمَا : لَا يُعْرَضُ ؛ لِأَنَّ التَّمْيِيزَ قَدْ يَقَعُ بِالْأَشْبَاهِ الْغَامِضَةِ ، وَذَلِكَ يَنْقَطِعُ بِالمَوْتِ ، وَإِنَّمَا تَبْقَى الْأَشْبَاهُ الظَّاهِرَةُ .

والثَّانِي - وَهُوَ قَوْلُ أَبِي إِسْحَاقَ ، وَهُوَ الْمَشْهُورُ - : أَنَّهُ يُعْرَضُ ؛ لِأَنَّ الْإِلْحَاقَ بِالشَّبهِ ، وَذَلِكَ مُمَكِّنٌ بَعْدَ الْمَوْتِ .

فإنَّ قُلْنَا : لَا يَجُوزُ أَنْ يُعْرَضَ الْمَيِّتُ ، أَوْ كَانَ قَدْ دُفِنَ وَتَغَيَّرَ ، وَلَهُ وَلَدٌ . . فَإِنَّهُ يُعْرَضُ عَلَى الْقَافَةِ ، وَيَقُومُ مَقَامُهُ فِي الْإِنْتِسَابِ .

قَالَ الْمَسْعُودِيُّ [فِي «الْإِبَانَةِ» ق/٣٦٦] : وَإِنْ أَلْقَتْ سِقْطًا ، فَإِنْ كَانَ قَدْ تَخَطَّطَ . . فَإِنَّهُ يُرَى الْقَافَةَ ، وَإِنْ لَمْ يَتَخَطَّطْ . . لَمْ يُرَ الْقَافَةَ .

وإنَّ مَاتَ الْأَبَوَانِ أَوْ أَحَدُهُمَا ، وَقُلْنَا : لَا يَجُوزُ عَرْضُ الْمَيِّتِ ، أَوْ كَانَا قَدْ دُفِنَا . . قَالَ أَبُو اللَّبَّانِ : فَإِنَّ عَصْبَةَ الْمَيِّتِ وَقَرَابَتَهُ تُعْرَضُ عَلَى الْقَافَةِ ، مِثْلُ أَبِي الْمَيِّتِ وَإِخْوَتِهِ وَأَخَوَاتِهِ وَأَعْمَامِهِ وَعَمَّاتِهِ وَسَائِرِ أَوْلَادِ آبَاءِ الْمَيِّتِ الذَّكَورِ وَالْإِنَاثِ ؛ لِقَوْلِهِ ﷺ : «لَعَلَّ عِرْقًا نَزَعَهُ»<sup>(١)</sup> .

(١) أخرجه عن أبي هريرة البخاري (٥٣٠٥) في الطلاق وطرفاه (٦٨٤٧) في الحدود و(٧٣١٤) =

فرع : [ادعاء غائب نسب مجهول] :

إذا قَدِمَ رجلٌ مِنْ أَرْضِ الأعاجِمِ كالتُّركِ والهندِ ، فأَدَّعَى نسبَ رجلٍ مجهولِ النسبِ ، وصَادَقَهُ المجهولُ - إنْ كَانَ بالغاً عاقلاً - ، فَإِنْ كَانَ لَمْ يَثْبُتْ عَلَى المجهولِ وَلَا لغيرِهِ . . قُبِلَتْ دَعْوَاهُ<sup>(١)</sup> ، وَثُبِتَ نَسَبُهُ مِنْهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا ضَرَرَ عَلَى أَحَدٍ فِي ذَلِكَ . وَإِنْ كَانَ قَدْ ثَبِتَ عَلَيْهِ وَلَا ، بِأَنْ كَانَ قَدْ سَبَّاهُ رجلٌ وَأَعْتَقَهُ ، أَوْ كَانَ قَدْ اشْتَرَى رجلٌ عبداً مجهولَ النسبِ فَأَعْتَقَهُ ، وَأَقَرَّ آخَرُ بِنَسَبِهِ . . نَظَرْتُ فِي الْمُقَرَّرِ :

فَإِنْ أَدَّعَى أَنَّهُ أَخُوهُ أَوْ عَمُّهُ أَوْ ابْنُ عَمِّهِ أَوْ مَا أَشْبَهَ ذَلِكَ . . لَمْ تُقْبَلْ دَعْوَاهُ ؛ لِأَنَّهُ يَسْقُطُ بِذَلِكَ وَلَا مَعْتَقَهُ مِنْهُ وَإِرْثُهُ .

وَإِنْ أَدَّعَى أَنَّهُ أَبَاهُ . . فَفِيهِ قَوْلَانِ :

أَحَدُهُمَا : لَا تُقْبَلُ دَعْوَةُ الْمُقَرَّرِ ؛ لِأَنَّهُ يَسْقُطُ بِذَلِكَ وَلَا مَوْلَاهُ .

وَالثَّانِي : تُقْبَلُ دَعْوَتُهُ ، وَيَثْبُتُ نَسَبُهُ مِنْهُ ، وَيَقْدَمُ عَلَى الْمَوْلَى .

وَالْفَصْلُ بَيْنَ الْوَلَدِ وَغَيْرِهِ مِنَ الْقَرَابَاتِ : أَنَّهُ غَيْرُ مُضْطَرٍّ إِلَى الْإِقْرَارِ بِالْأَخِ وَالْعَمِّ وَغَيْرِهِمَا مِنَ الْقَرَابَاتِ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا لَمْ يَقَرَّ بِهِ . . أَقَرَّ بِهِ غَيْرُهُ . أَمَّا أَبُوهُ أَوْ أَخُوهُ : فَلَمْ يُقْبَلْ إِقْرَارُهُ فِيهِ ، وَهُوَ مُضْطَرٌّ إِلَى الْإِقْرَارِ بِالْوَلَدِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَثْبُتُ نَسَبُهُ إِلَّا مِنْ جِهَتِهِ .

= فِي الْإِعْتَصَامِ ، وَمُسْلِمٌ ( ١٥٠٠ ) فِي اللَّعَانِ ، وَأَبُو دَاوُدَ ( ٢٢٦٠ ) وَإِلَى ( ٢٢٦٢ ) فِي الطَّلَاقِ ، وَالتِّرْمِذِيُّ ( ٢١٢٩ ) فِي الْوَلَاءِ وَالْهَبَةِ ، وَالنَّسَائِيُّ فِي « الْمَجْتَبَى » ( ٣٤٧٩ ) وَ ( ٣٤٨٠ ) وَ « لِكَبْرِى » ( ٥٦٧٢ ) وَإِلَى ( ٥٦٧٤ ) فِي الطَّلَاقِ ، وَابْنُ مَاجَهَ ( ٢٠٠٢ ) فِي النِّكَاحِ ، وَفِي الْبَابِ :

عَنْ ابْنِ عَمْرِو أَخْرَجَهُ ابْنُ مَاجَهَ ( ٢٠٠٣ ) وَفِي إِسْنَادِهِ عِبَادَةُ بْنُ كَلِيبٍ قَدْ ضَعَفَ . وَمِنْ أَلْفَاظِهِ : « هَلْ فِيهَا مِنْ أَوْرَقٍ » وَ : « هَذَا عَسَى أَنْ يَكُونَ نَزْعُهُ عَرَقٌ » وَ : « هَلْ لَكَ مِنْ إِبِلٍ ؟ » وَ : « فَهَذَا لَعْلٌ يَرْقَأُ نَزْعُهُ » .

(١) فِي ( م ) : ( دِعْيَتُهُ ) .



مسألة : [ادعاء رجل أن الملتقط عبده] :

إذا ادعى رجل أن اللقيط عبده . . سُمعت دعواه سواء ادَّعاه الملتقط أو غيره ؛ لأن ما يدَّعيه ممكنٌ وذلك أنه يحتملُ أنه ولدُ أُمِّه من زواجٍ أو زنا ، فإن قيل : إنَّ الملتقط قد اعترف بأنه ألتقطه ، فكيف سُمعت دعواه أنه عبده ؟ قيل بالجواب : إنَّ اعترافه أنه ألتقطه لا يمنع من قبول دعواه بعد ذلك أنه عبده ؛ لأنَّ أُمِّه قد تلده من زواجٍ أو زنا ، فترمي به ، ولا يعلمُ به ، فيلتقطه ، ثمَّ يعلمُ بعد ذلك أنه ابنُ أُمِّه .  
إذا ثبت أنَّ دعواه تُسمع . . فإنَّه لا يُحكمُ له برِّقه إلا بعد أن يقيمَ البيِّنة ؛ لأنَّ الظاهرَ حُرِّيَّته .

فإذا أقام المدَّعي البيِّنة : فلا يخلو : إمَّا أن يقيمَ البيِّنة على الولادة ، أو على الملك ، أو على اليد .

فإن أقام البيِّنة على الولادة . . قبلَ فيه شاهدان ، أو شاهدٌ وامرأتان ، أو أربع نسوة ، فإن قالت البيِّنة : نشهدُ أنَّ أُمَّه هذا ولدتُه في ملكه . . حكمَ له برِّقه ؛ لأنَّ ما تلده أُمُّه في ملكه . . يكونُ مملوكاً له ولا يلحقُه نسبه ؛ لأنَّها ليست بفراشٍ له ، وإنَّ قالت البيِّنة : نشهدُ أنَّ هذا ولدُ أُمِّه . . فقد قال الشافعيُّ في ( اللقيط ) : ( يحكمُ له بملكه في هذه الشهادة ) وقال في ( الدعوى والبيِّنات ) : ( إذا شهدوا بأنَّ أُمَّه ولدتُه في ملكه . . حكمتُ له برِّقه ) .

وأختلف أصحابنا فيه :

فمنهم من قال : يحكمُ له برِّقه قولاً واحداً وإن لم يقولوا ولدتُه في ملكه ؛ لأنَّهم قد شهدوا أنَّ أُمَّه ولدتُه . والظاهرُ أنَّها ولدتُه في ملكه ، وما ذكره في ( الدعوى والبيِّنات ) إنما ذكره تأكيداً لا شرطاً .

ومنهم من قال : فيه قولان :

أحدهما : يحكمُ له برِّقه ؛ لما ذكرناه .

والثاني : لا يُحكمُ له برِّقه ؛ لأنَّها قد تلده قبل أن يملكها ، فيكونُ ابنُ أُمِّه ولا يكونُ مملوكاً له .

وَأَمَّا إِذَا شَهِدَ لَهُ بِالْمَلِكِ شَاهِدَانِ ، فَإِنْ قَالَا : نَشْهَدُ أَنَّ هَذَا مِلْكُهُ أَوْ عَبْدُهُ اشْتَرَاهُ أَوْ أَتَّهَبُهُ مِنْ مَالِكِهِ أَوْ وَرَثَتُهُ . . حُكْمَ لَهُ بِالْمَلِكِ . وَإِنْ قَالَا : مِلْكُهُ أَوْ عَبْدُهُ ، وَلَمْ يَذْكُرَا سَبَبَ الْمَلِكِ . . ففِيهِ قَوْلَانِ :

أَحَدُهُمَا : يَحْكُمُ لَهُ بِمَلِكِهِ ؛ لِأَنَّهُمَا قَدْ شَهِدَا لَهُ بِالْمَلِكِ ، فَهُوَ كَمَا لَوْ أَدَّعَى عَلَى رَجُلٍ عَيْنًا فِي يَدِهِ ، فَشَهِدَتْ لَهُ الْبَيِّنَةُ بِمَلِكِهَا .

وَالثَّانِي : لَا يَحْكُمُ لَهُ بِمَلِكِهِ ؛ لِأَنَّهُمْ قَدْ يَرَوْنَهُ بِيَدِهِ فَيَشْهَدُونَ لَهُ بِمَلِكِهِ ، لثُبُوتِ يَدِهِ عَلَيْهِ . وَلَا فَرْقَ فِي هَذَيْنِ الْقَسْمَيْنِ بَيْنَ الْمَلْتَقِطِ وَغَيْرِهِ .

وَأَمَّا إِذَا شَهِدَتْ الْبَيِّنَةُ لِلْمَدَّعِي بِالْيَدِ . . نَظَرْتَ : فَإِنْ شَهِدَتْ بِذَلِكَ لِلْمَلْتَقِطِ . . لَمْ يُحْكَمْ لَهُ بِمَلِكِهِ قَوْلًا وَاحِدًا ؛ لِأَنَّ يَدَهُ يَدُ التَّقَاطِ لَا يَدُ مَلِكٍ .

وَإِنْ أَدَّعَى مَلِكًا غَيْرَ الْمَلْتَقِطِ ، فَشَهِدَتْ لَهُ الْبَيِّنَةُ بِالْيَدِ . . فَحَكَى الشَّيْخُ أَبُو إِسْحَاقَ فِيهِ قَوْلَيْنِ :

أَحَدُهُمَا : لَا يَحْكُمُ لَهُ بِالْمَلِكِ ؛ لِأَنَّ ثُبُوتَ الْيَدِ عَلَى اللَّقِيطِ لَا تَدُلُّ عَلَى الْمَلِكِ ؛ لِأَنَّ الظَّاهَرَ الْحَرِيَّةَ .

وَالثَّانِي - وَلَمْ يَذْكُرِ الشَّيْخُ أَبُو حَامِدٍ وَالْمَحَامِلِيُّ وَابْنُ الصَّبَّاحِ غَيْرَهُ - : أَنَّهُ يَحْكُمُ لَهُ بِالْيَدِ ؛ لِأَنَّ الْبَيِّنَةَ شَهِدَتْ لَهُ بِذَلِكَ ، وَيَحْلِفُ أَنَّهُ مِلْكُهُ ؛ لِأَنَّ الظَّاهَرَ مَمَّنْ بِيَدِهِ شَيْءٌ أَنَّهُ مِلْكُهُ ، فَإِذَا أَدَّعَاهُ . . حَلَفَ عَلَيْهِ .

**مَسْأَلَةٌ :** [الصبي يتبع في الإسلام أحد أبويه] :

قَدْ ذَكَرْنَا أَنَّ النِّسْبَةَ يُحْكَمُ بِإِسْلَامِهِ تَبْعًا لِإِسْلَامِ أَبَوَيْهِ أَوْ لِأَحَدِهِمَا ، أَوْ لِلْسَّابِي أَوْ لِلذَّارِ .

فَإِذَا ثَبَتَ هَذَا : فَإِنَّ حُكْمَ هَذَا الصَّبِيِّ - الَّذِي حُكِمَ بِإِسْلَامِهِ تَبْعًا لِأَحَدِ هَذِهِ الْأَشْيَاءِ قَبْلَ الْبُلُوغِ - حُكْمُ سَائِرِ الْمُسْلِمِينَ . وَإِنْ مَاتَ لَهُ مَنَاسِبٌ مُسْلِمٌ . . وَرَثَتُهُ . . وَإِنْ مَاتَ . . غُسِّلَ ، وَصُلِّيَ عَلَيْهِ ، وَدُفِنَ فِي مَقَابِرِ الْمُسْلِمِينَ ، وَوَرَثَتُهُ مَنَاسِبُهُ الْمُسْلِمُ ؛ لِأَنَّ الَّذِي أَوْجَبَ إِسْلَامَهُ مَوْجُودٌ قِطْعًا ، فَهُوَ كَالْمُسْلِمِ بِنَفْسِهِ . فَإِنْ بَلَغَ وَوَصَفَ الْإِسْلَامَ . . اسْتَقَرَّ

إسلامه ، وتيقننا أنه لم يزل مسلماً . وإن بلغ ووصف الكفر . . نظرت :  
فإن كان حكم بإسلامه تبعاً لأبويه أو لأحدهما أو للسابي . . ففيه طريقان<sup>(١)</sup> ،  
حكماهما الشيخ أبو إسحاق :

أحدهما - وهو المنصوص - : ( أنه مرتد ) فلا يُقرُّ على الكفر قولاً واحداً ؛ لأنه  
محكومٌ بإسلامه قطعاً ، فهو كما لو أسلم بنفسه بعد البلوغ ، ثم ارتد .  
والثاني - ولم يذكر الشيخ أبو حامد والمحاملي وابن الصبَّاح غيره - : أنها على  
قولين :

أحدهما : أنه مرتد ، ولا يُقرُّ على الكفر ، وهو الأصح ؛ لما ذكرناه .  
والثاني : أنه ليس بمرتد ، فيقرُّ على كفره ؛ لأننا حكمنا بإسلامه تبعاً لغيره في  
صغره ؛ لأنه لا يمكن اعتباره بنفسه . فإذا بلغ أمكن اعتباره بنفسه ، وزال حكم التبعية .  
وأما إذا كان حكم بإسلامه بالدار ، فبلغ ووصف الكفر : فإن قلنا : إن من حكم  
بإسلامه تبعاً لأبويه أو للسابي ، يُقرُّ على الكفر إذا بلغ ووصف الكفر . . فهذا أولى أن  
يُقرَّ .

وإن قلنا : هناك لا يُقرُّ . . ففي هذا قولان<sup>(٢)</sup> :

أحدهما : لا يقرُّ على الكفر ؛ لأنه محكومٌ بإسلامه تبعاً لغيره ، فلم يُقرَّ عليه ،  
كمن حكم بإسلامه تبعاً لأبويه أو للسابي .

والثاني - وهو المنصوص - : ( أنه يُقرَّع ويُتهدَّد على الكفر ، فإن أقام عليه . . أقرَّ  
عليه ) ؛ لأنه أضعف حالاً ممن حكم بإسلامه تبعاً لأبويه أو للسابي ، بدليل : أنه لو  
ادَّعى نسبه كافرٌ وأقام البيِّنة على ذلك . . حكم بكفره .

إذا ثبت هذا : فكلُّ موضع قلنا : لا يقرُّ على كفره . . فهو مرتد ، فإن تاب ، وإلا  
قُتل . وكلُّ موضع قلنا : يُقرُّ على كفره . . نظرت :

(١) في نسخة : ( قولان ) .

(٢) في ( م ) : ( وجهان ) .

فإن وصف كُفراً يُقرُّ أهلُهُ عليه ، كاليهودية والنصرانية ، والمجوسية .. أُقرَّ عليه .  
فإن ألزِمَ الجزية .. عُقدتْ لَهُ الذمَّةُ ، وأُقرَّ في بلادِ الإسلامِ حيثُ يجوزُ إقرارُ أهلِ الذمَّةِ  
فيه . وإن لم يبدلِ الجزية .. لم يُقرَّ في بلادِ الإسلامِ ، ولكن يُقالُ لَهُ : ألحق بأهلِ  
الحرب .

وإن وصف كُفراً لا يُقرُّ أهلُهُ عليه ، كعبادة الأوثان .. قلنا لَهُ : لا تُتركْ على هذا ،  
فإنَّما أَنْ تُسلمَ ، أو تلحقَ بدارِ الحربِ وأنتَ في أمانٍ إلى أن تلحقَ بدارِ الحربِ ، أو  
تصفَ كُفراً يُقرُّ أهلُهُ عليه .

وكلُّ موضعٍ أقرَّناه على الكفرِ ، فإن كان الإمامُ قد أنفقَ عليه شيئاً مِنْ بيتِ المالِ ..  
ففيه قولان<sup>(١)</sup> :

أحدهما : يُستردُّ منه بدلُهُ ، كما لو أنفقَ عليه على سبيلِ القرضِ .

والثاني : لا يُستردُّ منه بدلُهُ ؛ لأنَّه صدقةٌ عليه ، ومن تصدَّقَ على كافرٍ .. لم يرجعْ  
عليه بها .

وإن بلغَ هذا الصبيُّ فقتله قاتلٌ قبلَ أَنْ يصفَ الكفرَ أو الإسلامَ ، وكانتِ الجنايةُ  
عمداً ، فإن كان حُرِّمَ بِإسلامِهِ تَبَعاً لأبويه أو للسَّابي .. فهل يجبُ القَوْدُ على قاتلِهِ ؟ فيه  
قولان<sup>(٢)</sup> :

أحدهما : يجبُ عليه القَوْدُ ؛ لأنَّه قتلَ مَنْ هوَ مُحْكومٌ بِإسلامِهِ قطعاً عمداً ، فوجبَ  
عليهِ القَوْدُ ، كما لو قتله قبلَ البلوغِ .

والثاني : لا يجبُ عليه القَوْدُ ، وإنَّما يجبُ عليه ديةٌ مسلمٍ ، وهو المنصوصُ ؛  
لأنَّه يحتملُ أَنَّهُ لم يصفَ الإسلامَ ؛ لأنَّه لم يسألْ عنه - وهو مسلمٌ - فيجبُ عليه القَوْدُ ،  
ويحتملُ أَنَّهُ لم يصفَ الإسلامَ ؛ لأنَّه غيرُ راضٍ بالإسلامِ ، بل هوَ معتقِدٌ للكفرِ ، وذلك  
شبهةٌ يسقطُ بهِ القَوْدُ عَنِ القاتِلِ .

(١) في (م) : (وجهان) .

(٢) في (م) : (وجهان) .

وإن كان محكوماً بإسلامه بظاهر الدار . . فهل يجب القود على قاتله ؟ إن قلنا : إنه لا يجب القود على من قتل من حكم بإسلامه تبعاً لأبويه أو للسابي . . فهذا أولى . وإن قلنا : يجب القود على قاتل من حكم بإسلامه تبعاً لأبويه أو للسابي . . ففي هذا قولان<sup>(١)</sup> :

أحدهما : يجب على قاتله القود ، كما قلنا فيمن قتل من حكم بإسلامه تبعاً لأبويه .

والثاني : لا يجب على قاتله القود ، وإنما تجب عليه دية مسلم ، وهو الصحيح ؛ لأنه أضعف حالاً ممن حكم بإسلامه تبعاً لأبويه أو للسابي ، بدليل : أنه لو ادعى كافر أنه ابنه وأقام عليه البيّنة . . حكم بكفره .

**مسألة :** [جناية اللقيط] :

وإن جنى اللقيط على غيره . . نظرت :

فإن كانت جنايته خطأ . . وجب الأرش في بيت المال ، سواء كانت جنايته قبل البلوغ أو بعده ، وسواء كان موسراً أو معسراً ؛ لأنه حرٌ مسلم لا مناسب له ، فكانت جنايته الخطأ في بيت المال ، كغير اللقيط .

وأما إن جنى على غيره عمداً ، فإن كان بعد البلوغ . . وجب عليه القود إن كان المجني عليه ممن يجب له عليه القود ، أو الدية ، وإن كان المجني عليه لا يستحق عليه القود ، أو إن كانت جنايته قبل البلوغ . . لم يجب عليه القود ؛ لأن الصبي لا يجب عليه القود .

وأما الأرش : فإن قلنا : إن عمداً الصبي خطأ . . وجب الأرش في بيت المال . وإن قلنا : إن عمده عمداً . . وجب الأرش عليه ، فيؤخذ منه إن كان موسراً ، وإن كان معسراً . . ثبت في دمه إلى أن يؤسر .

(١) في (م) : (وجهان) .



وإن جُنِيَ على اللَّقِيطِ قبلَ البلوغِ . . نظرت :

فإن قَتَلَهُ قَاتِلٌ ، فإن كانتِ الجنايةُ خطأً . . وَجِبَ دِيَّةُ اللَّقِيطِ على عاقلةِ الجاني ،  
ويأخذها الإمامُ إلى بيتِ المالِ إرثاً للمسلمينَ ، كسائرِ أموالِهِ .

وإن قَتَلَهُ عمدًا . . كان الإمامُ بالخيارِ : بينَ أنْ يَقْتُلَ القاتِلَ ، وبينَ أنْ يعفوَ عنه على  
الدِّيَةِ ، لأنَّ ذلكَ يجبُ للمسلمينَ ، والإمامُ نائبٌ عنهم ، ولا يفعلُ مِنْ ذلكَ إلَّا ما رأى  
فيه الصِّلاحَ .

وإن جنى عليه فيما دونَ النَّفْسِ . . نظرت :

فإن كانتِ الجنايةُ خطأً . . وَجِبَ الأَرشُ لِلْقِيطِ ويأخذُهُ المَلْتَقِطُ لَهُ ؛ لأنَّهُ مالٌ  
لِلْقِيطِ .

وإن كانتِ الجنايةُ عمدًا توجبُ القِصاصَ ، فإن كانَ اللَّقِيطُ موسرًا . . لم يكنْ لوليِّهِ  
أنْ يَقْتَصَّ ؛ لأنَّ القِصاصَ جُعِلَ لِلتَّشْفِي ، والتَّشْفِي يحصلُ لَهُ إذا بلغَ . وليسَ لَهُ أنْ  
يعفوَ على مالٍ ؛ لأنَّهُ لا حاجةَ بِهِ إليه . ويحبسُ لَهُ الجاني إلى أنْ يَبْلُغَ ، وإن كانَ اللَّقِيطُ  
معسرًا : فإن كانَ عاقلاً لم يكنْ للوليِّ أنْ يَقْتَصَّ ؛ لأنَّ التَّشْفِي إنَّما يحصلُ للمجنِّي عليه  
وليسَ لَهُ أنْ يعفوَ على مالٍ ؛ لأنَّهُ لا حاجةَ بِهِ إليه ؛ لأنَّ نفقتهُ تجبُ في بيتِ المالِ .  
وإن كانَ معسرًا معتوهاً . . قالَ الشافعيُّ : ( أَحَبُّ لِلْحَاكِمِ أنْ يعفوَ على مالٍ ؛ لأنَّهُ لا  
يُرجى لَهُ أنْ يَقْتَصَّ ، فكانَ العفوُ على مالٍ أَحْظَ ) .

وأما إذا جُنِيَ عليه بعدَ البلوغِ . . نظرت :

فإن كانتِ على النَّفْسِ . . فهوَ كما لو جنى عليه قبلَ البلوغِ . وإن كانتِ على ما دونَ  
النَّفْسِ ، فإن كانتِ خطأً . . وَجِبَ لَهُ الأَرشُ ، وإن كانتِ عمدًا يجبُ فيها القِصاصُ . .  
فهو بالخيارِ : بينَ أنْ يَقْتَصَّ ، وبينَ أنْ يعفوَ على مالٍ كغيرِهِ . هَذَا نَقْلُ البَغْدَادِيِّينَ .

وقالَ المسعوديُّ [في « الإبانة » ق/ ٣٦٧] : إذا قُتِلَ اللَّقِيطُ عمدًا . . ففيهِ قولانِ :

أحدهما : يَقْتَصُّ الإمامُ ؛ لأنَّهُ وَلِيُّهُ ، كالأبِ وليِّ الصَّبِيِّ .

والثاني : لا يَقْتَصُّ ؛ لأنَّ أولياءَ اللَّقِيطِ المسلمونَ ، وهُم لا يَتَعَيَّنُونَ .

وإن قُتِلَ اللَّقِيطُ خطأً . . ففيهِ قولانِ :

أحدهما : يجبُ فيه دِيَّةٌ حُرٌّ ؛ لَأَنَّهُ حُرٌّ .

والثاني : يتوقَّفُ إلى أن يتبيَّنَ أحرُّ هو أم مملوكٌ ؛ لَأَنَّهُ يجوزُ أن يكونَ عبداً ، فلا يجبُ إلا باليقينِ .

مسألةٌ : [قذف اللقيط] :

إذا قذفَ اللَّقِيطُ غيرهُ : فإن كانَ قبلَ البلوغِ . . لم يجبُ عليه حدُّ القذفِ ؛ لأنَّ الصغيرَ لا يجبُ عليه الحدُّ ولكنَّ يؤدَّبُ . وإن كانَ بعدَ البلوغِ . . وجبَ عليه حدُّ القذفِ إن كانَ المقدوفُ مُحْصَنًا<sup>(١)</sup> ، أو التعزيرُ<sup>(٢)</sup> إن كانَ غيرَ مُحْصَنٍ .

وإن قذفَ اللَّقِيطُ قاذفٌ ، فإن قذفَهُ قبلَ البلوغِ . . لم يجبُ على القاذفِ حدُّ القذفِ ، وإنما يعزَّرُ القاذفُ ؛ لأنَّ الصبيَّ لا يجبُ الحدُّ بقذفِهِ .

وإن قذفَهُ بعدَ البلوغِ ، فإن اتَّفَقَ اللَّقِيطُ والقاذفُ أنَّ اللَّقِيطَ عبدٌ . . لم يجبُ على القاذفِ حدُّ القذفِ ، وإنما يجبُ عليه التعزيرُ . وإن اتَّفَقَا أَنَّهُ حُرٌّ . . وجبَ على القاذفِ حدُّ القذفِ .

وإن قالَ القاذفُ : هوَ عبدٌ ، وقالَ اللَّقِيطُ : بل أنا حُرٌّ . . ففيهِ قولانِ :

أحدهما : القولُ قولُ اللَّقِيطِ معَ يمينِهِ ؛ لأنَّ الظاهرَ أَنَّهُ حُرٌّ .

والثاني : أنَّ القولَ قولُ القاذفِ معَ يمينِهِ ؛ لَأَنَّهُ يحتملُ أَنَّهُ حُرٌّ ، فيجبُ على القاذفِ الحدُّ ، ويحتملُ أَنَّهُ عبدٌ ، فلا يجبُ عليه الحدُّ ، والأصلُ براءةُ ذمَّتِهِ .

فأمَّا إذا جنى رجلٌ على اللَّقِيطِ عمداً ، فقالَ الجاني : أنتَ عبدٌ ، فلا يجبُ عليَّ القصاصُ ، وقالَ اللَّقِيطُ : بل أنا حُرٌّ . . فأختلفَ أصحابنا فيه :

فمنهم من قالَ : فيه قولانِ ، كما قلنا في القذفِ .

(١) المحصن : كل متزوج من رجل وأنثى ، وأحصن الشيء : منعه وصانته .

(٢) التعزير : تأديب ولوم وعقاب بما دون الحدِّ الشرعي .

ومنهم من قال : القول قول اللقيط قولاً واحداً .

والفرق بينهما : أنَّ حدَّ القذف يراؤ للردع والزجر ، فإذا عدلنا عن الحدِّ إلى التعزير . . حصل به الردع ، والقصاص يراؤ للتشفي ، فإذا عدلنا منه إلى الدية . . لم يحصل بها التشفي . ولأنَّ التعزير بعضُ الحدِّ ، فإذا عدلنا عن الحدِّ إلى التعزير . . فقد عدلنا عن مشكوك فيه إلى يقين ، فجاز . وليس كذلك الجناية ، فإنَّ اللقيط يجوز أن يكون عبداً ، فلا يجب في الجناية عليه قصاصٌ ، ويجوز أن يكون حراً ، فيجب على الجاني عليه القصاص . فالقصاص مشكوك فيه ، والقيمة مشكوك فيها ، فإذا جعلنا القول قول الجاني . . أنقلنا من مشكوك فيه إلى مشكوك فيه ، فلم يجز .

مسألة : [قبول قول اللقيط بأنه رقيق] :

قال الشافعي : ( فإذا بلغ اللقيط فباع وأُشترى ، ونكح وأُصدق ، ثم أقرَّ على نفسه بالرق . . قبل إقراره ، وفي إلزامه الرق قولان ) .

وجملة ذلك : أنَّ اللقيط إذا بلغ ، ثم باع وأُشترى ، ووهب وأقبض ، ونكح ، فجاء آخر وأدعى أنه عبده ، فصدقه اللقيط ، ولم يُقم عليه بينة ، أو قال اللقيط : أنا عبد فلان ، وصدقه المقر له . . نظرت :

فإن كان اللقيط قد تقدَّم منه إقرار قبل هذا أنه حرٌّ . . لم يُقبل إقراره الثاني أنه عبد ؛ لأنَّه بإقراره الأوَّل أنه حرٌّ ، لزمته أحكام في العبادات لله تعالى فلا يُقبل إقراره بما يُسقطها ، ولهذا لو أنَّ حراً قال لرجل : جعلت نفسي عبدك . . لم يصر عبده بذلك .

وإن لم يتقدَّم منه إقرار بالحرِّيَّة . . فقد قال الشافعي : ( قبل إقراره ، وفي إلزامه الرق قولان ) .

وأختلف أصحابنا في ترتيب المذهب فيها :

فقال أبو الطيب بن سلمة : هل يُقبل إقراره في الرق ؟ فيه قولان :

أحدهما : يُقبل إقراره ويحكم برقه ؛ لأنَّه مجهول الحال . . فقبل إقراره على نفسه بالرق ، كما لو قدَّم رجل من بلاد الكفر لا يُعرف نسبه ، فأقرَّ على نفسه بالرق . ولأنَّ

إِقْرَارُهُ أَكْذُ مِنَ الْبَيِّنَةِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُتَّهَمُ فِي إِقْرَارِهِ عَلَى نَفْسِهِ ، وَالْبَيِّنَةُ مَتَّهَمَةٌ . ثُمَّ ثَبَتَ أَنَّ الْبَيِّنَةَ لَوْ قَامَتْ بَرَقَّةً . . حُكِمَ بَرَقَّةً ، فَكَذَلِكَ إِذَا أَقَرَّ عَلَى نَفْسِهِ .

والثاني : لَا يُقْبَلُ إِقْرَارُهُ ؛ لِأَنَّهُ مُحْكَمٌ بِحَرِّيَّتِهِ بِظَاهِرِ الدَّارِ ، فَلَمْ يُقْبَلْ إِقْرَارُهُ بِالرَّقِّ وَقَدْ تَعَلَّقَ عَلَيْهِ حَقُوقُ اللَّهِ تَعَالَى ، فَلَمْ يُقْبَلْ إِقْرَارُهُ بِمَا يُسْقِطُهَا ، كَمَا لَوْ أَقَرَّ بِالْحَرِّيَّةِ ، ثُمَّ أَقَرَّ بِالرَّقِّ . وَيُخَالِفُ الْمَجْهُولَ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَلْزَمُهُ حَقٌّ لغيره فَيُسْقِطُهَا بِالْإِقْرَارِ .

وَقَالَ عَامَّةُ أَصْحَابِنَا : يُقْبَلُ إِقْرَارُهُ فِي الرَّقِّ قَوْلًا وَاحِدًا ، وَإِنَّمَا الْقَوْلَانِ فِي أَحْكَامِ الرَّقِّ :

أحدهما : يُقْبَلُ إِقْرَارُهُ فِي الْجَمِيعِ ، فِيمَا لَهُ وَفِيمَا عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ هَذِهِ الْأَحْكَامَ فَرَعٌ لِلرَّقِّ ، فَإِذَا ثَبَتَ الْأَصْلُ . . ثَبَتَتْ فُرُوعُهُ <sup>(١)</sup> ، وَلِأَنَّ إِقْرَارَهُ أَكْذُ مِنَ الْبَيِّنَةِ . ثُمَّ لَوْ قَامَتْ الْبَيِّنَةُ . . لَثَبَتَ عَلَيْهِ جَمِيعُ أَحْكَامِ الرَّقِّ ، فَكَذَلِكَ إِذَا أَقَرَّ .

والثاني : يُقْبَلُ قَوْلُهُ فِيمَا يَضُرُّهُ ، وَلَا يُقْبَلُ فِيمَا يَضُرُّ غَيْرَهُ . وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَأَخْتَارَهُ الْمُزْنِيُّ ؛ لِأَنَّ إِقْرَارَهُ تَضَمَّنَ مَا يَضُرُّهُ وَيَضُرُّ غَيْرَهُ ، فَقُبِلَ قَوْلُهُ فِيمَا يَضُرُّهُ ، وَلَمْ يُقْبَلْ فِيمَا يَضُرُّ غَيْرَهُ ، كَمَنْ أَقَرَّ بِدَيْنٍ عَلَيْهِ وَعَلَى غَيْرِهِ . وَلِأَنَّ اللَّقِيطَ قَدْ يَكُونُ جَارِيَةً وَقَدْ أَنْكَحَهَا الْحَاكِمُ ، فَإِذَا قُلْنَا : يُقْبَلُ قَوْلُهَا فِيمَا يَضُرُّ غَيْرَهَا . . أَدَّى إِلَى أَنْ يَنْفَسَخَ النِّكَاحُ بِقَوْلِهَا ، وَالنِّكَاحُ لَا يَنْفَسَخُ بِقَوْلِ النِّسَاءِ . وَقَوْلُ الْأَوَّلِ : ( إِنَّ الْأَصْلَ إِذَا ثَبَتَ . . ثَبَتَتْ فُرُوعُهُ ) يَبْطُلُ بِالرَّجُلِ إِذَا مَاتَ وَخَلَّفَ أَخًا وَارِثًا ، فَأَقَرَّ الْأَخُ بِأَبْنٍ لِلْمَيْتِ . . فَإِنَّ النَّسَبَ يَثْبُتُ ، وَلَا يَثْبُتُ الْمِيرَاثُ . وَهَذَا الطَّرِيقُ أَصَحُّ ؛ لِأَنَّ الشَّافِعِيَّ قَالَ : ( قُبِلَ إِقْرَارُهُ ، وَفِي إِلْزَامِهِ الرَّقِّ قَوْلَانِ ) وَأَرَادَ : فِي إِلْزَامِهِ أَحْكَامَ الرَّقِّ قَوْلَانِ . فَإِنْ قُلْنَا بِالطَّرِيقِ الْأَوَّلِ ، فَإِنْ قُلْنَا : يُقْبَلُ إِقْرَارُهُ فِي الرَّقِّ . . كَانَ حُكْمُهُ حُكْمَ الرَّقِيقِ إِذَا تَصَرَّفَ بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ فِي التَّصَرُّفَاتِ الْمَاضِيَةِ وَالْمُسْتَقْبَلَةِ . وَإِنْ قُلْنَا : لَا يُقْبَلُ قَوْلُهُ فِي الرَّقِّ . . لَمْ يَوْثُرْ هَذَا الْإِقْرَارُ فِي التَّصَرُّفَاتِ الْمَاضِيَةِ وَلَا فِي الْمُسْتَقْبَلَةِ .

وَإِنْ قُلْنَا بِالطَّرِيقِ الثَّانِي ، وَعَلَيْهِ التَّفْرِيعُ .

(١) فِي ( م ) : ( ثَبَتَ فُرْعَهُ ) .

فعلى هذا : حكمه في التصرفات بعد الإقرار حكم الرقيق فيما يضره ويضر غيره .  
وأما تصرفاته بعد البلوغ وقبل الإقرار : فلا تخلو : إمّا أن يكون اللقيط ذكراً أو أنثى :

فإن كان أنثى وقد زوّجها الحاكم بإذنها بحرّ ثم أقرّت بالرق ، فإن قلنا : يُقبل إقرارها فيما يضرها ويضر غيرها . . حكم بأنّ النكاح وقع باطلاً ؛ لأنّه بغير إذن سيدها ، فإن لم يدخل بها الزوج . . فلا شيء عليه . وإن كان قد دخل بها . . وجب عليه مهرٌ مثلها لسيدها وفرّق بينهما وأعتدت بقرأين ؛ لأنها عدّة أمة ، هكذا ذكر الشيخ أبو إسحاق وابن الصبّاغ .

وذكر الشيخ أبو حامد والمحاملي : أنّها تستبرئ بقرء واحد ؛ لأنّه أستيراء ، والأمة تستبرئ بقرء . وإن أتت أمته بأولاد . . فهم أحرار ؛ لأنّه اعتقد أنّها حرة ، وذلك شبهة ، ويجب عليه لسيدهم قيمتهم حين الوضع . فإن مات عنها . . لم يجب عليها عدّة الوفاة .

وإن قلنا : يُقبل قولها فيما يضرها ، ولا يقبل فيما يضر غيرها . . لم يحكم بفساد النكاح ؛ لأنّ ذلك يضرّ بالزوج . فإن لم يدخل بها الزوج . . لم يجب لها مهر ؛ لأنّ السيّد يقرّ بفساد نكاحها . والنكاح الفاسد لا تستحقّ به المهر قبل الدخول . فإن طلقها الزوج قبل الدخول ، أو مات عنها . . لم يطالبه السيّد بشيء ؛ لأنّه لا يدّعيه .

وإن كان الزوج قد دخل بها . . وجب عليه أقلّ الأمرين من مهر المثل أو المسمّى<sup>(١)</sup> ؛ لأنّ المسمّى إن كان أقلّ . . لم يلزمه ما زاد ؛ لأنّه لا يقبل قولها فيما يضرّ غيرها . وإن كان مهر المثل أقلّ . . لم يجب عليه ما زاد عليه ؛ لأنها لا تدّعي أكثر منه .

وإن أتت منه بأولاد قبل الإقرار . . فهم أحرار ؛ لأنّه وطئها وهو يعتقد أنّها حرة . ولا يجب عليه قيمتهم ؛ لأنّه لا يقبل قولها فيما يضرّ غيرها ، ولكن يقال للزوج : قد

(١) المسمّى : يعني المهر والصدّاق المتفق عليه بين الزوجين .



ثَبِتَ أَنَّ زَوْجَتَكَ أَمَةٌ ، فَإِنْ شِئْتَ اخْتَرْتَ الْمَقَامَ مَعَهَا عَلَى أَنَّكَ إِذَا وَطِئْتَهَا بَعْدَ ذَلِكَ ، وَحَبَلَتْ مِنْكَ . . . كَانَ الْوَلَدُ مَمْلُوكًا بِلَا كَلَامٍ ؛ لِأَنَّكَ تَطْؤُهَا عَلَى عِلْمٍ بِأَنَّهَا أَمَةٌ .

فَإِنْ قِيلَ : فَهَذَا مِمَّا يَضُرُّهُ ، وَقَدْ قُلْتُمْ لَا يُقْبَلُ قَوْلُهَا فِيْمَا يَضُرُّ غَيْرَهَا . . . فَالْجَوَابُ : أَنَّا لَمْ نَقْبَلْ قَوْلُهَا فِيْمَا يَضُرُّ غَيْرَهَا فِي إِجَابِ حَقٍّ لَمْ يَدْخُلْ فِي الْعَقْدِ عَلَيْهِ .

فَأَمَّا الْحُكْمُ فِي الْمُسْتَقْبَلِ : فَيُمْكِنُ إِيفَاءُ حَقِّهِ وَحَقِّ مَنْ ثَبِتَ لَهُ الرِّقُّ عَلَيْهَا ، بِأَنْ يَطْلُقَهَا ، فَلَا يُلْزِمُهُ مَا لَمْ يَدْخُلْ عَلَيْهِ ، أَوْ يُقِيمَ عَلَى نِكَاحِهَا ، فَلَا يَسْقُطُ حَقُّ سَيِّدِهَا .

فَإِنْ قِيلَ : إِذَا أَثْبُتَ حَقُّ الرِّقِّ الْآنَ ، فَاعْتَبَرُوا أَنْ يَكُونَ مَمَّنْ يَجُوزُ لَهُ نِكَاحُ الْإِمَاءِ . . . قُلْنَا : لَا يُعْتَبَرُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّا إِنْ أَثْبَتْنَا ذَلِكَ ، وَقُلْنَا بِفَسَادِ النِّكَاحِ إِذَا لَمْ يَكُنْ مَمَّنْ يَجُوزُ لَهُ نِكَاحُ الْإِمَاءِ . . . أَفْسَدْنَا الْعَقْدَ بِقَوْلِهَا ؛ لِأَنَّ شُرُوطَ نِكَاحِ الْأَمَةِ لَا تُعْتَبَرُ فِي الِاسْتِدَامَةِ ، وَإِنَّمَا تُعْتَبَرُ فِي الْإِبْتِدَاءِ .

وَإِنْ طَلَّقَهَا الزَّوْجُ . . . اعْتَدَّتْ بِثَلَاثَةِ أَقْرَاءَ ، وَهِيَ عِدَّةُ حُرَّةٍ .

قَالَ أَصْحَابُنَا : وَلَا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ يَطْلُقَهَا ثَلَاثًا أَوْ دُونَ الثَّلَاثِ ؛ لِأَنَّ عِدَّةَ الطَّلَاقِ حَقٌّ لِلزَّوْجِ ، وَقَوْلُهَا لَا يُقْبَلُ فِيْمَا يَضُرُّ غَيْرَهَا ؛ لِأَنَّهَا إِنْ طُلِّقَتْ دُونَ الثَّلَاثِ . . . فَلَهُ الرُّجْعَةُ فِي الْعِدَّةِ ، وَإِنْ طُلِّقَتْ ثَلَاثًا ، أَوْ كَانَ الطَّلَاقُ بَائِنًا . . . فَالْعِدَّةُ لِاسْتِبْرَاءِ مَائِهِ . أَلَا تَرَى أَنَّهَا لَا تَجِبُ فِي الْمَوْضِعِ الَّذِي لَا يَحْتَاجُ إِلَى الْإِسْتِبْرَاءِ ، وَهُوَ : قَبْلَ الدَّخُولِ ؟

وَإِنْ مَاتَ عَنْهَا . . . لَمْ يَجِبْ عَلَيْهَا عِدَّةُ حُرَّةٍ ؛ لِأَنَّ عِدَّةَ الْوَفَاةِ حَقٌّ لِلَّهِ تَعَالَى ، لَا حَقٌّ لِلزَّوْجِ فِيهَا . أَلَا تَرَى أَنَّهَا تَجِبُ فِي الْمَوْضِعِ الَّذِي لَا يَحْتَاجُ فِيهِ إِلَى الْإِسْتِبْرَاءِ ؟ وَقَوْلُهَا مُقْبُولٌ فِيْمَا يُسْقِطُ حَقَّ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ . وَتَعْتَدُ بِشَهْرَيْنِ وَخَمْسِ لَيَالٍ ، وَحَكْيُ الْمُحَامِلِيِّ : أَنَّهَا تَسْتَبْرِيءُ بِقَرَّةٍ وَاحِدَةٍ ؛ لِأَنَّ اسْتِبْرَاءَ الْأَمَةِ بِقَرَّةٍ .

وَإِنْ كَانَ اللَّقِيطُ ذَكَرًا : فَإِنْ كَانَ قَدْ بَاعَ وَأَشْتَرَى بَعْدَ الْبُلُوغِ ، أَوْ كَانَ اللَّقِيطُ أُنْثَى ، فَبَاعَتْ وَأَشْتَرَتْ بَعْدَ الْبُلُوغِ ، فَإِنْ قُلْنَا : يُقْبَلُ قَوْلُهُ فِيْمَا يَضُرُّهُ وَيَضُرُّ غَيْرَهُ . . . حُكْمُ بِنْتِ الْوَلَدِ كَلَّهَا . فَإِنْ كَانَتْ الْأَعْيَانُ قَائِمَةً . . . رُدَّتْ إِلَى أَهْلِهَا ، وَإِنْ كَانَتْ تَالِفَةً . . . ثَبِتَتْ قِيمَتُهَا فِي ذِمَّتِهِ ، يُتْبَعُ بِهَا إِذَا عَتَقَ .

وَإِنْ قُلْنَا : لَا يُقْبَلُ قَوْلُهُ فِيْمَا يَضُرُّ غَيْرَهُ . . . لَمْ يَحْكَمْ بِفَسَادِ الْعُقُودِ وَتَلْزِمُهُ الْأَثْمَانُ .

فَإِنْ كَانَ فِي يَدِهِ مَالٌ . . دُفِعَتِ الْأَثْمَانُ عَنْهُ ، وَمَا بَقِيَ مِنْهُ يَكُونُ لِسَيِّدِهِ . وَإِنْ لَمْ يَفِ بِالْأَثْمَانِ ، أَوْ لَمْ يَكُنْ فِي يَدِهِ مَالٌ . . كَانَ ذَلِكَ دَيْنًا فِي ذِمَّتِهِ ، يُتَّبَعُ بِهِ إِذَا عَتَقَ . هَكَذَا قَالَ الشَّيْخُ أَبُو حَامِدٍ .

وَقَالَ ابْنُ الصَّبَّاحِ : إِنْ كَانَ لَهُ كَسْبٌ . . اسْتَوْفَى ذَلِكَ مِنْ كَسْبِهِ .

وَإِنْ كَانَ غُلَامًا ، فَتَكَحَّ ، فَإِنْ قُلْنَا : يُقْبَلُ قَوْلُهُ فِيمَا يَضُرُّهُ وَيَضُرُّ غَيْرَهُ . . حُكِمَ بِفَسَادِ النِّكَاحِ ؛ لِأَنَّهُ وَقَعَ بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ . وَإِنْ لَمْ يَدْخُلْ بِهَا . . فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ . وَإِنْ دَخَلَ بِهَا . . وَجَبَ عَلَيْهِ مَهْرُ مِثْلِهَا . وَمِنْ أَيْنَ يُسْتَوْفَى ؟ فِيهِ قَوْلَانِ :

قَالَ فِي الْقَدِيمِ : ( يُسْتَوْفَى مِنْ رَقَبَتِهِ ، كَأَرْشِ الْجَنَايَةِ ) .

وَقَالَ فِي الْجَدِيدِ : ( يُتَّبَعُ بِهِ إِذَا عَتَقَ ) لِأَنَّهُ وَجَبَ بِرِضَا مَنْ لَهُ الْحَقُّ ، فَهُوَ كَثْمَنِ الْمَبِيعِ ، هَكَذَا ذَكَرَ الشَّيْخُ أَبُو حَامِدٍ وَابْنُ الصَّبَّاحِ .

وَذَكَرَ الشَّيْخُ أَبُو إِسْحَاقَ فِي « الْمَهْذَبِ » : أَنَّهُ إِذَا دَخَلَ بِهَا . . لَزِمَهُ أَقْلُ الْأَمْرَيْنِ مِنْ مَهْرِ الْمِثْلِ أَوْ الْمَسْمُومِ ؛ لِأَنَّ الْمَسْمُومَ إِنْ كَانَ أَقْلًا . . لَمْ يَجِبْ مَا زَادَ ؛ لِأَنَّهَا لَا تَدَّعِيهِ . وَإِنْ كَانَ مَهْرُ الْمِثْلِ أَقْلًا . . لَمْ يَجِبْ مَا زَادَ ؛ لِأَنَّ قَوْلَهُ مَقْبُولٌ وَإِنْ ضَرَّ غَيْرَهُ .

وَأَمَّا إِذَا قُلْنَا : يُقْبَلُ قَوْلُهُ فِيمَا يَضُرُّهُ ، وَلَا يُقْبَلُ فِيمَا يَضُرُّ غَيْرَهُ . . فَإِنَّا نَحْكُمُ بِأَنَّ النِّكَاحَ وَقَعَ صَحِيحًا ، وَلَا نَحْكُمُ بِبَطْلَانِهِ فِيمَا مَضَى ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ يَضُرُّ بِالزَّوْجَةِ . وَلَكِنْ يُحْكَمُ بِإِنْفِسَاخِهِ مِنَ الْآنَ ؛ لِأَنَّهُ أَقَرَّ بِتَحْرِيمِهَا عَلَيْهِ . فَإِنْ كَانَ لَمْ يَدْخُلْ بِهَا . . لَزِمَهُ نِصْفُ الْمَسْمُومِ . وَإِنْ كَانَ قَدْ دَخَلَ بِهَا . . لَزِمَهُ جَمِيعُ الْمَسْمُومِ ، فَإِنْ كَانَ فِي يَدِهِ كَسْبٌ . . اسْتَوْفَى الْمَهْرَ مِنْهُ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِي يَدِهِ كَسْبٌ . . اسْتَوْفَى مِمَّا يَكْسِبُهُ مِنَ الْآنَ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ تَزَوَّجَ بِإِذْنِ الْمَوْلَى . . لَكَانَ الْمَهْرُ مِنْ كَسْبِهِ ، فَكَذَلِكَ هَاهُنَا مِثْلُهُ .

فِرْعٌ : [جناية اللقيط عمداً] :

وَإِنْ جَنَى اللَّقِيطُ عَلَى غَيْرِهِ عَمْدًا بَعْدَ أَنْ أَقَرَّ بِالرَّقِّ . . وَجَبَ عَلَيْهِ الْقَوْدُ ، سِوَاءَ كَانَ الْمَجْنُونِ عَلَيْهِ حُرًّا أَوْ عَبْدًا ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ يَضُرُّهُ ، وَإِنْ كَانَتْ جَنَايَتُهُ عَلَى غَيْرِهِ خَطَأً . . فَفِيهِ ثَلَاثَةُ أَوْجِهٍ :

[الوجه الأول] قَالَ الشَّيْخُ أَبُو حَامِدٍ : يَتَعَلَّقُ الْأَرَشُ بِرَقَبَتِهِ عَلَى الْقَوْلَيْنِ ؛ لِأَنَّا قَدْ حَكَمْنَا بِأَنَّ أَرَشَ هَذِهِ الْجَنَايَةِ فِي بَيْتِ الْمَالِ ، وَالْآنَ فَقَدْ أَقَرَّ بِالرَّقْ ، وَهَذَا يَضُرُّهُ ، فَقَبِلَ ، فَيُؤْخَذُ بِالْأَرَشِ مِنْ مَالِهِ إِنْ كَانَ بِيَدِهِ مَالٌ . وَإِنْ لَمْ يَكُنْ بِيَدِهِ مَالٌ ، أَوْ كَانَ وَلَمْ يَفِ . . . بِيَعْتَ رَقَبَتَهُ .

[الوجه الثاني] قَالَ الْقَاضِي أَبُو الطَّيِّبِ : إِنْ قُلْنَا : لَا يَقْبَلُ قَوْلُهُ فِيمَا يَضُرُّ غَيْرَهُ . . . كَانَ الْأَرَشُ فِي بَيْتِ الْمَالِ ؛ لِأَنَّ كَوْنَهُ فِي بَيْتِ الْمَالِ أَنْفَعُ لِلْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ الرَّقَبَةَ قَدْ لَا تَفِي بِالْجَنَايَةِ وَرَبَّمَا تَلَفَتْ قَبْلَ اسْتِيفَاءِ الْأَرَشِ مِنْهَا فَيَسْقُطُ الْأَرَشُ .

[الوجه الثالث] قَالَ أَبُو الصَّبَّاحِ : إِذَا قُلْنَا : يَقْبَلُ قَوْلُهُ فِيمَا يَضُرُّ غَيْرَهُ . . . لَمْ يَكُنْ لِلْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ حَقٌّ فِي بَيْتِ الْمَالِ ، بَلْ يَتَعَلَّقُ حَقُّهُ فِي رَقَبَةِ اللَّقِيطِ . وَإِنْ قُلْنَا : لَا يَقْبَلُ قَوْلُهُ فِيمَا يَضُرُّ غَيْرَهُ ، وَكَانَ الْأَرَشُ أَكْثَرَ مِنْ قِيَمَةِ الرَّقَبَةِ . . . اسْتَحَقَّ الْمَجْنِيُّ عَلَيْهِ قِيَمَةَ الرَّقَبَةِ ، وَوَجِبَ مَا زَادَ لَهُ فِي بَيْتِ الْمَالِ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ تَعَلَّقَ حَقُّهُ فِي بَيْتِ الْمَالِ ، فَلَا يَسْقُطُ بِقَوْلِ الْجَانِي .

وَأَمَّا إِذَا جُنِيَ عَلَى اللَّقِيطِ بَعْدَ أَنْ أَقَرَّ بِالرَّقْ . . . نَظَرْتَ :

فَإِنْ كَانَتِ الْجَنَايَةُ عَلَيْهِ عَمْدًا ، فَإِنْ كَانَ الْجَانِي عَلَيْهِ عَبْدًا . . . وَجِبَ عَلَيْهِ الْقَوْدُ ؛ لِأَنَّهُ مُكَافِئٌ لَهُ . وَإِنْ كَانَ الْجَانِي عَلَيْهِ حُرًّا . . . لَمْ يَجِبْ عَلَيْهِ الْقَوْدُ ؛ لِأَنَّ الْعَبْدَ لَا يَسْتَحِقُّ الْقَوْدَ عَلَى الْحُرِّ ، وَيَكُونُ عَلَيْهِ مِنَ الْأَرَشِ مَا عَلَى الْمَخْطِئِ عَلَيْهِ .

وَإِنْ كَانَتِ الْجَنَايَةُ عَلَيْهِ خَطَأً ، بِأَنْ قَطَعَ رَجُلٌ يَدَهُ خَطَأً ، فَإِنْ كَانَ نِصْفُ الْقِيَمَةِ أَقَلَّ مِنْ نِصْفِ الدِّيَةِ ، أَوْ كَانَا سَوَاءً . . . وَجِبَ عَلَى الْجَانِي نِصْفُ الْقِيَمَةِ . وَإِنْ كَانَ نِصْفُ الْقِيَمَةِ أَكْثَرَ مِنْ نِصْفِ الدِّيَةِ ، فَإِنْ قُلْنَا : يَقْبَلُ إِقْرَارُهُ فِيمَا يَضُرُّهُ وَيَضُرُّ غَيْرَهُ . . . لَزِمَ الْجَانِي نِصْفُ الْقِيَمَةِ ، وَإِنْ قُلْنَا : لَا يَقْبَلُ قَوْلُهُ فِيمَا يَضُرُّ غَيْرَهُ . . . لَزِمَهُ نِصْفُ الدِّيَةِ لَا غَيْرُ .

فَرَعٌ : [إِقْرَارُ اللَّقِيطِ بِالرَّقْ] :

وَإِنْ أَقَرَّ اللَّقِيطُ أَنَّهُ عَبْدٌ لِرَجُلٍ ، فَكَذَّبَهُ الْمُقَرُّ لَهُ . . . سَقَطَ حَقُّ الْمُقَرِّ لَهُ لِتَكْذِيبِهِ . فَإِنْ أَقَرَّ اللَّقِيطُ بَعْدَ ذَلِكَ أَنَّهُ عَبْدٌ لِآخَرَ ، أَوْ صَادَقَهُ الْمُقَرُّ لَهُ الْأَوَّلُ . . . فَقَدْ قَالَ أَبُو الْعَبَّاسِ :

يُقبلُ ، كما لو أقرَّ لرجلٍ بدارٍ فكذبهُ المقرُّ له ، ثمَّ أقرَّ بها لآخرٍ ، أو صادقه المقرُّ له .

والمنصوصُ : ( أنه لا يُقبلُ ) ؛ لأنه قد أخبر أنه لا يملكه غيرُ الأولِ ، فإذا أسقط المقرُّ له إقراره بتكذيبه له . . رجَعَ إلى الأصل - وهو : الحرِّيَّةُ - فلم يُقبلِ إقراره لغيره . ويخالفُ الدارَ ، فإنَّ الأولَ إذا كذبَ إقراره . . رجعتِ الدارُ إلى ملكه ، وإقراره في ملكه مقبولٌ .

فرعٌ : [ادعاء رجل عبودية اللقيط] :

وإن ادَّعى رجلٌ على اللقيط أنه عبده ، فأنكرَ اللقيطُ أنه عبده ، ثمَّ أقرَّ له بعد ذلك . . قال المسعوديُّ [في « الإبانة » ق/ ٣٦٧] : قبلَ إقراره له ، كما لو ادَّعى الزوجُ أنه راجعٌ امرأته في عدَّتْها ، فأنكرتْ ، ثمَّ أقرَّتْ بصحَّةِ الرجعة .

وإن أنكرَ اللقيطُ فأقامَ المدَّعي بيَّنة . . حُكمَ له بملكه ، وكانَ حكمُهُ حكمَ الرقيقِ في التصرُّفاتِ قبلَ قيامِ البيَّنة وبعدها ، سواءً تقدَّم منه إقرارٌ بحرِّيَّته أو لم يتقدَّم .

وإن لم يكنْ معَ المدَّعي بيَّنة ، وسألَ اللقيطُ أنْ يحلفَ له : فإن كانَ قد تقدَّم منَ اللقيطِ إقرارٌ بالحرِّيَّة . . لم يحلفْ ؛ لأنه لو أقرَّ له بالرقِّ . . لم يُقبلِ إقراره ، فلا فائدةٌ في عَرْضِ اليمينِ . وإن لم يتقدَّم منه إقرارٌ بالحرِّيَّة ، فإن قلنا بقولِ عامَّةِ أصحابنا : يُقبلُ إقراره بالرقِّ قولاً واحداً . . حلفَ لجوازِ أنْ يخافَ منَ اليمينِ فيُقرَّ . وإن قلنا بقولِ أبي الطيّبِ بنِ سلمة . . هل يُقبلُ إقراره بالرقِّ ؟ فيه قولان :

فإن قلنا : يُقبلُ . . حلفَ لجوازِ أنْ يخافَ منَ اليمينِ فيُقرَّ .

وإن قلنا : لا يُقبلُ إقراره . . لم يحلفْ ؛ لأنه لو خافَ منَ اليمينِ فأقرَّ بالرقِّ . . لم يُقبلِ إقراره ، فلا فائدةٌ في اليمينِ .

قلتُ : وينبغي أنْ يبنى على القولينِ في يمينِ المدَّعي معَ نكول<sup>(١)</sup> المدَّعى عليه ،

(١) النكول : امتناع المستحلف عن اليمين أو تأخره أو تراجعه عنها إذا طلبها القاضي .

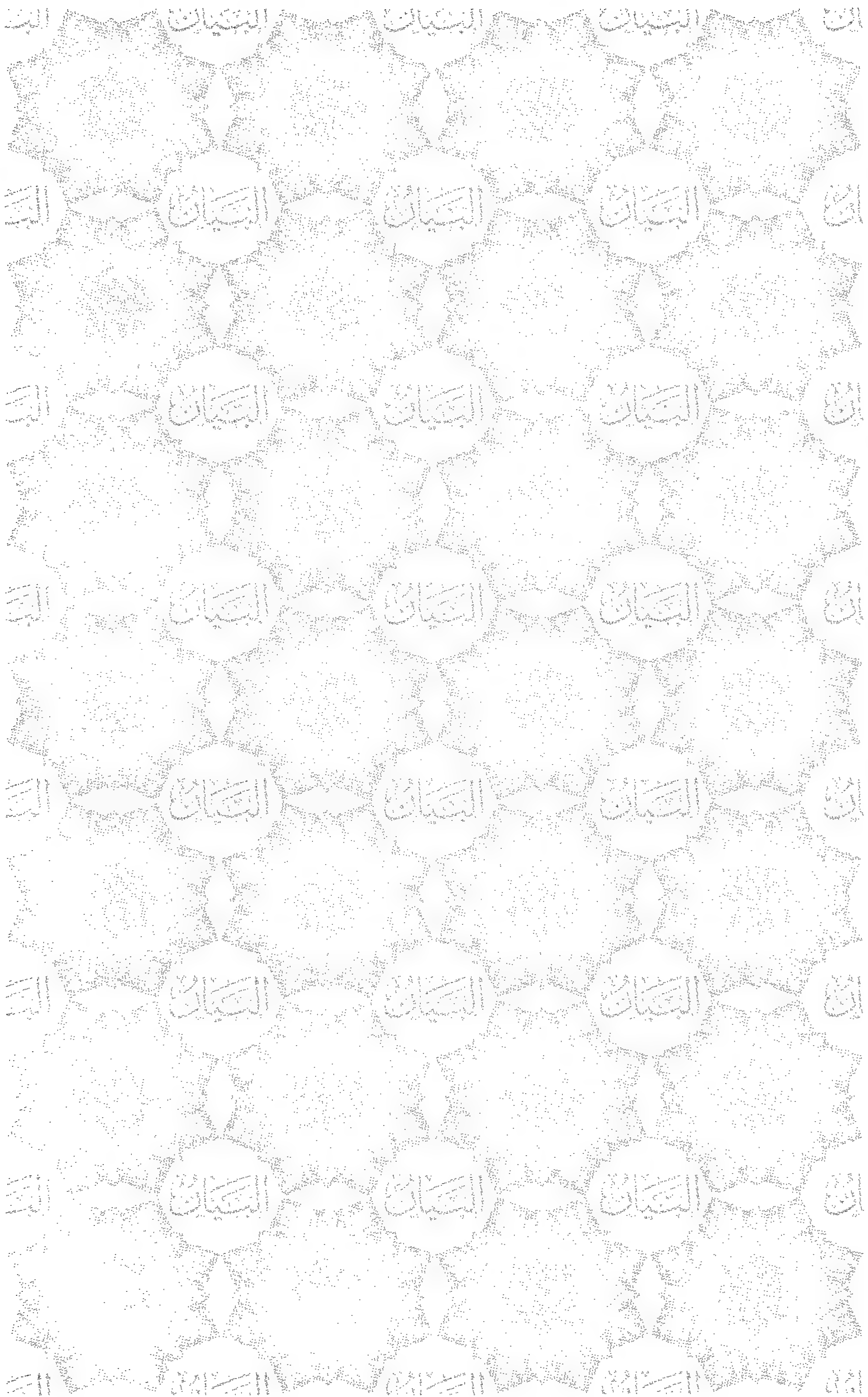
فإن قلنا : إنها كالبيّنة . . عُرِضَتِ اليمينُ على اللّقيطِ على هذا القولِ أيضاً ؛ لجوازِ أَنْ  
يَنكَلَ عَنِ اليمينِ ، فيحلفُ المدّعي فيكونُ كما لو أقامَ البيّنة . وإن قلنا : إِنَّهُ  
كالإقرارِ . . لَمْ تُعْرَضْ .

واللهُ أَعْلَمُ

\* \* \*



# کتاب الوقف



## كتاب الوقف (١)

الوقف : عطية مؤبدة . يقال : وقف ، ولا يقال : أوقف ، إلا في شاذ اللغة .

ويقال : حبس وأحبس .

إذا ثبت هذا : فإن الوقف يصح ، ويلزم بالقول ولا يفتقر إلى القبض . وبه قال مالك وأبو يوسف .

(١) الوقف - لغة - : التسييل والحبس ، قال ابن فارس : الواو والقاف والفاء أصل يدل على تمكث في شيء ، ثم يقاس عليه . منه : وقفت أقف وقوفاً ، ووقفت وقفي ، ولا يقال في شيء أوقفت ، إلا أنهم يقولون للذي يكون في شيء ثم ينزع عنه : قد أوقف . قال الطرماح من الخفيف :

جامحاً في غوايتي ثم أوقف — رضى بالتقى وذو البرّ راضٍ  
والموقف : موضع الوقوف حيث كان . قال الكسائي : يقال ما أوقفك هنا : أي ما صيرك إلى الوقوف . قال الشافعي : لم تحبس أهل الجاهلية فيما علمته داراً ولا أرضاً تبرراً ، وإنما حبس أهل الإسلام . وشرعاً ، قال أصحابنا : الوقف تحبیس مال يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه بقطع تصرف الواقف وغيره في رقبته ، يصرف في جهة خير موجود تقريباً إلى الله تعالى . ويستأنس له قبل الإجماع بقوله تبارك وتعالى : ﴿لَنْ نَّأْتِيَكَ بِشَيْءٍ إِلَّا مِنْ غَيْرِهِ وَإِلَى اللَّهِ تُرْجَعُ الْأُمُورُ﴾ [آل عمران : ٩٢] و : ( أن أبا طلحة لما سمعها رغب في وقف بيرحاء وهو أحب أمواله ) كما رواه عن أنس بن مالك البخاري ( ٢٧٦٩ ) في الوصايا وغيره . وقوله ﷺ فيما رواه عن أبي هريرة مسلم ( ١٦٣١ ) : « إذا مات الإنسان انقطع عنه عمله إلا من ثلاثة : إلا من صدقة جارية ، أو علم ينتفع به ، أو ولد صالح يدعو له » . والصدقة الجارية : محمولة عند العلماء على الوقف المستمر كما قاله الرافعي . والمعنى : أن عمل الميت ينقطع لكن يتجدد له الثواب في هذه الأشياء ونحوها .

واشتهر اتفاق الصحابة رضي الله عنهم على الوقف قولاً وفعلاً ، والشافعي رحمه الله قسم العطايا فقال : تبرع الإنسان على الغير بماله ينقسم إلى منجز في الحياة وإلى معلق بالموت كالوصية ، والأول ضربان : أحدهما : تملك محض كالهبات والصدقات ، والثاني : الوقف ، وسمي وقفاً لما فيه من وقف المال على الجهة المعينة . وتسمى الأوقاف : الصدقات المحرمات . وأركانها أربعة : وقف وواقف وموقوف عليه وصيغة .

وقال محمد بن الحسن وأبن أبي ليلى : يصح الوقف ، ولكن يفتقر إلى القبض .

وقال أبو حنيفة : ( لا يصح الوقف أصلاً ) ولكن أصحابه أئستشنعوا هذا ، فقالوا : يصح الوقف ، ولكن لا يلزم ، بل له بيعه وهبته . ولا يلزم إلا في موضعين : إما أن يحكم به الحاكم ، أو يوصي الواقف به<sup>(١)</sup> .

دليلنا : ما روى نافع ، عن ابن عمر : ( أن عمر رضي الله عنهما ملك مئة سهم بخير أبتاعها ، فأتى النبي ﷺ وقال : يا رسول الله إني ملكت مالا لم أملك مثله قط ، وأردت أن أتقرب به إلى الله تعالى ، فقال ﷺ : « حبس الأصل ، وسبل الثمرة » . قال : فتصدق به عمر رضي الله عنه في الفقراء وفي القربى وفي الرقاب وفي سبيل الله وأبن السبيل ، لا يباع ولا يوهب ولا يورث . لا جناح على من وليها أن يأكل منها غير متائل مالا ، تنظر فيها حفصة ما عاشت ، فأما إذا ماتت فذوو الرأي من أهلها ، يعني : من أهل الوقف<sup>(٢)</sup> .

(١) وقال أبو حنيفة أيضاً : ( الوقف كالعارية فلا يلزم ) يعني : يصح له الرجوع فيه ، ويورث عنه ، ويجوز بيعه وهبته ، ويثبت إذا حكم به الحاكم ، أو علقه بموته كالوصية بالمنافع . وجاء في هامش نسخة : ( وإذا مات رجع فيه ورثته إلا أن يوصي به بعد موته . . فتلزم الوصية بإلزام حاكم ) بتصرف .

(٢) أخرجه بالفاظ متقاربة عن ابن عمر رضي الله عنهما الشافعي في « ترتيب السند » ( ٤٥٧ / ٢ ) في الوقف ، وأحمد في « المسند » ( ١٢ / ٢ و ٥٥ ) ، والبخاري ( ٢٧٣٧ ) في الشروط و ( ٢٧٦٤ ) في الوصايا ، ومسلم ( ١٦٣٢ ) في الوصية ، وأبو داود ( ٢٨٧٨ ) في الوصايا ، والترمذي ( ١٣٧٥ ) في الأحكام ، والنسائي في « المجتبى » ( ٣٥٩٧ ) وإلى ( ٣٦٠١ ) و ( ٣٦٠٣ ) في الأحباس ، وابن ماجه ( ٢٣٩٦ ) و ( ٢٣٩٧ ) في الصدقات ، وابن الجارود في « المنتقى » ( ٣٦٨ ) و ( ٣٦٩ ) في الزكاة ، والبيهقي في « السنن الكبرى » ( ١٥٩ / ٦ ) في الوقف . قال الترمذي : هذ حديث حسن صحيح ، والعمل على هذا عند أهل العلم من أصحاب النبي ﷺ وغيرهم ، لا نعلم بين المتقدمين منهم في ذلك اختلافاً في إجازة وقف الأرضين وغير ذلك . تصدق : أوقف . الرقاب : تحرير الأرقاء . جناح : إثم . وليها : تولى النظر عليها . متائل : غير جامع ، وكل شيء له أصل قديم ، وأثلة الشيء أصله ، وفي رواية : متمول : متجر ومدخر . حبس الأصل : امنع رقبته من البيع والهبة والصدقة . سبل الثمرة : اجعلها توزع في سبيل الله تعالى .

فوجه الدليل من الخبر : أنَّ عمر رضي الله عنه : سأل النبي ﷺ عن جهة التقرب ، فقال : « حَبَسِ الْأَصْلَ » فأقتضى الظاهر أنَّ القربة تحصلُ بنفسِ الحبسِ . ولم يُعتبر حكمُ الحاكم به بعد الوقف ، ولا الوصية به .

قال الشافعي : ( ومعنى قوله ﷺ : « حَبَسِ الْأَصْلَ » أي بما عليه الأموال المطلقة ، فلا تباع ولا توهب ولا تورث . إذ لا معنى لقوله : « حَبَسِ الْأَصْلَ » إلا هذا . وأيضاً فإنَّ عمرَ حبسَ ، وقال : ( لا يباع ولا يوهب ولا يورث ) وهذا بيانُ حكمِ الوقفِ ) .

ومعلومٌ : أنَّ عمرَ كان جاهلاً بأصلِ الوقفِ حتَّى سأل النبي ﷺ . فكيف يجهلُ أصلَ الوقفِ ، ويعلمُ حكمه ؟ فعلمَ أنَّه إنما ذكرَ هذا الحكمَ بتوقيفٍ من النبي ﷺ . وإن لم يكن بتوقيفٍ منه ، فلا يجوزُ أن يخفى هذا على النبي ﷺ . فلمَّا لم يُنكره . . دلَّ على أنَّ هذا حكمُ الوقفِ .

وروي : عن أبي بكر<sup>(١)</sup> ، وعثمان<sup>(٢)</sup> ، وطلحة<sup>(٣)</sup> : أنَّ كلَّ واحدٍ منهم وقفَ داره .

وروي : ( أنَّ فاطمةَ وقفتُ على بني هاشم ، وبني المطلب )<sup>(٤)</sup> . ووقفَ عليَّ عليهم ، وأدخلَ معهم غيرَهُم<sup>(٥)</sup> .

(١) أخرج عن عبد الله بن الزبير الحميدي خبر أبي بكر الصديق البيهقي في « السنن الكبرى » ( ١٦١ / ٦ ) في الوقف .

(٢) أخرج خبر عثمان ذي النورين البيهقي في « السنن الكبرى » ( ١٦١ / ٦ ) ، وابن جرير كما في « كنز العمال » ( ٤٦١٥١ ) ، وأما وقفه بئر رومة قال عنه الحافظ في « تلخيص الحبير » ( ٧٨ / ٣ ) : أورده البخاري تعليقاً والنسائي والترمذي من حديثه .

(٣) أخرج خبر طلحة بن عبيد الله رضي الله عنه ابن جرير كما في كنز العمال ( ٤٦١٥١ ) في كتاب الوقف ولفظه : عن محمد بن عبد الله القرشي قال : ( حبس عثمان بن عفان والزبير بن العوام وطلحة بن عبيد الله دورهم ) ، وانظر « نصب الراية » ( ٤٧٨ / ٣ ) فقد عزاه إلى البيهقي في « الخلافات » .

(٤) أخرج خبر الزهراء فاطمة عن زيد بن علي البيهقي في « السنن الكبرى » ( ١٦١ / ٦ ) . قال الحافظ في « تلخيص الحبير » ( ٧٩ / ٣ ) : ذكره الشافعي بسند فيه انقطاع إلا أنهم من أهل البيت .

(٥) أخرج خبر المرتضى علي عن زيد أيضاً البيهقي في « السنن الكبرى » ( ١٦١ / ٦ ) .



وروي عن جابر : أَنَّهُ قَالَ : ( لَمْ يَبْقَ فِي أَصْحَابِ النَّبِيِّ ﷺ مَنْ لَهُ مَقْدَرَةٌ إِلَّا وَقْدٌ وَقَفَ ) .

وروي : أَنَّ عَمْرُو بْنَ الْعَاصِ قَدِمَ مِنَ الْيَمَنِ إِلَى الْمَدِينَةِ فَقَالَ : ( لَمْ يَبْقَ فِي الْمَدِينَةِ لِأَهْلِهَا شَيْءٌ إِلَّا وَهْوٌ وَقَفٌ ) <sup>(١)</sup> .

وروي : أَنَّ عَلِيًّا رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ حَفَرَ بئْرًا ب : يَنْبُع ، فَخَرَجَ مَاؤُهَا مِثْلَ عُنُقِ الْبَعِيرِ . فَقِيلَ : بَخْتُ الْوَارِثِ . قَالَ : فَتَصَدَّقَ بِهَا عَلِيٌّ وَكُتِبَ : ( هَذَا مَا تَصَدَّقَ بِهِ عَلِيٌّ بْنُ أَبِي طَالِبٍ أَبْتِغَاءَ وَجْهِ اللَّهِ ، وَلِيَصْرِفَهُ عَنِ النَّارِ ، وَيَصْرِفَ النَّارَ عَنْهُ يَنْظُرُ فِيهِ الْحَسَنُ مَاعَاشٍ ، ثُمَّ الْحُسَيْنُ ، ثُمَّ ذَوُو الرَّأْيِ مِنْ وَلَدِهِ ) <sup>(٢)</sup> .

وهذا إجماعٌ مِنَ الصَّحَابَةِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ عَلَى الْوَقْفِ <sup>(٣)</sup> .

### مَسْأَلَةٌ : [وقف ما تثبت عينه] :

ويصحُّ الوقفُ في كُلِّ عَيْنٍ يُمْكِنُ الْإِنْتِفَاعُ بِهَا مَعَ بَقَاءِ عَيْنِهَا ، كَالدُّورِ وَالْأَرْضَيْنِ وَالثِّيَابِ وَالْأَثَاثِ وَالسَّلَاحِ وَالْحَيَوَانِ .

وقال أبو حنيفة : ( لَا يَصَحُّ وَقْفُ الْحَيَوَانِ وَإِنْ حُكِمَ بِهِ الْحَاكِمُ ) .

وقال محمد بن الحسن : يَصَحُّ الْوَقْفُ فِي الْحَيَوَانِ إِلَّا فِي الْخَيْلِ .

دَلِيلُنَا : مَا رَوَى : أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ : بَعَثَ عَمْرَ سَاعِيًا ، فَلَمَّا رَجَعَ . . شَكَا ثَلَاثَةَ نَفَرٍ : الْعَبَّاسَ بْنَ عَبْدِ الْمُطَّلِبِ ، وَخَالِدَ بْنَ الْوَلِيدِ ، وَأَبْنَ جَمِيلٍ . فَقَالَ ﷺ : « مَا يَنْقُمُ أَبْنُ جَمِيلٍ إِلَّا أَنَّهُ كَانَ فَقِيرًا فَأَغْنَاهُ اللَّهُ ، وَأَمَّا خَالِدٌ . . فَقَدْ ظَلَمْتُموهُ ، قَدْ أَحْتَبَسَ أَدْرَاعَهُ

(١) أخرج خبر عمرو بن العاص عن عبد الله بن الزبير الحميدي البيهقي في « السنن الكبرى » (١٦١/٦) بمعناه .

(٢) أخرج خبر علي أبي الحسن عن جعفر بن محمد عن أبيه البيهقي في « السنن الكبرى » (١٦٠/٦) ، وابن حزم في « المحلى » (١٨٠/٩) ، وأورده في « موسوعة فقه علي » (ص/٦١٢ و٦٢٦) . وفيه : ( بشر ) بدل ( بخت ) . والبخت : الجَدُّ والحظ ، يجمع على بخوت .

(٣) قال الوزير بن هبيرة في « الإفصاح » : واتفقوا على جواز الوقف .

وَأَعْبُدَهُ فِي سَبِيلِ اللَّهِ . وروى : « وَأَعْتَدَهُ »<sup>(١)</sup> . والأَعْتَدُ : الخيلُ .

فالخبرُ حجةٌ على أبي حنيفة ومحمد .

وروى : أَنَّ أُمَّ مَعْقِلٍ أَتَتْ النَّبِيَّ ﷺ وَقَالَتْ : يَا رَسُولَ اللَّهِ ! إِنَّ أَبَا مَعْقِلٍ وَقَفَ نَاقَةً فِي سَبِيلِ اللَّهِ ، وَإِنِّي أُرِيدُ الْحَجَّ ، فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ : « أَرْكَبِيهَا ، فَإِنَّ الْحَجَّ وَالْعُمْرَةَ فِي سَبِيلِ اللَّهِ »<sup>(٢)</sup> .

ويصحُّ وَقَفُ الصَّغِيرِ مِنَ الْحَيَوَانِ ؛ لِأَنَّهُ يُرْجَى الْإِنْتِفَاعُ بِهِ . وَلَا يَصَحُّ الْوَقْفُ فِي الْحَمْلِ ؛ لِأَنَّهُ تَمْلِكٌ مَنْجَزٌ . فَلَمْ يَصَحَّ فِي الْحَمْلِ وَحْدَهُ ، كَالْبَيْعِ<sup>(٣)</sup> . وقولنا : ( تَمْلِكٌ مَنْجَزٌ ) أَحْتَرَاظٌ مِنَ الْوَصِيَّةِ . وقولنا : ( وَحْدَهُ ) أَحْتَرَاظٌ مِمَّنْ وَقَفَ حَيَوَاناً حَامِلاً ، فَإِنَّهُ يَصَحُّ الْوَقْفُ فِي الْحَمْلِ تَبَعاً لَأُمِّهِ ، وَلَا يَصَحُّ الْوَقْفُ فِيمَا لَا يُمْكِنُ الْإِنْتِفَاعُ بِهِ عَلَى الدَّوَامِ ، كَالْحَيَوَانِ الَّذِي تَحْطَمُ ، وَالطَّعَامُ وَالرِّيحَانُ .

(١) أخرجه عن أبي هريرة البخاري ( ١٤٦٨ ) ، ومسلم ( ٩٨٣ ) ، وأبو داود ( ١٦٢٣ ) في الزكاة ، وطره عند الترمذي ( ٣٧٦٤ ) في المناقب ، والنسائي في « الصغرى » ( ٢٤٦٤ ) و ( ٢٤٦٥ ) والدارقطني في « السنن » ( ١٢٣ / ٢ ) في الزكاة ، والبيهقي في « السنن الكبرى » ( ١٦٤ / ٦ ) في الوقف . لفظ : ( أعبدته ) قال في « الفتح » ( ٣٩٠ / ٣ ) : وقيل : إن لبعض رواة البخاري « وأعبدته » جمع عبد ، حكاه عياض ، والمشهور ( أعتده ) . وفيه أيضاً : « وأما العباس بن عبد المطلب فعلم رسول الله ﷺ فهي عليه صدقة ومثلها معها » . قال في « الفتح » : وقع في رواية مسلم : ( أعتاده ) وهو جمع عتد أيضاً ، قيل : هو ما يعده الرجل من الدواب والسلاح . يقال : فرس عتيد أي : صلب أو معد للركوب ، أو سريع الوثوب ، ويقال عن العدة والعتاد : الأهبة والآلة .

(٢) أخرجه - بالفاظ متقاربة - عن أم معقل أحمد في « المسند » ( ٣٧٥ / ٦ ) ، والدرامي في « السنن » ( ١٨٦٧ ) ، وأبو داود ( ١٩٨٨ ) و ( ١٩٨٩ ) في المناسك ، والبيهقي في « السنن الكبرى » ( ٢٧٤ / ٦ ) في الوصايا ، ويدل له أيضاً في الباب :

عن أنس رواه البخاري ( ٢٧٥٤ ) في الوصايا ، باب : هل ينتفع الواقف بوقفه ؟

وعن أبي هريرة رواه البخاري ( ٢٧٥٥ ) وفيه : « اركبها » قال يا رسول الله إنها بدنة فقال : « اركبها ويلك » في الثانية أو الثالثة .

(٣) في حاشية نسخة : ( فيه وجهان ، بناء على أنه هل يقابله قسط الثمن أم لا ، من « الحاوي » ) .

وحكي عَنْ مَالِكٍ وَالْأَوْزَاعِيِّ : أَنَّهُمَا قَالَا : ( يَجُوزُ وَقْفُ الطَّعَامِ ) . وَهَذَا لَيْسَ بِصَحِيحٍ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُ حَبْسُ أَصْلِهِ .

فرعٌ : [وقف العين غير الثابتة] :

وهل يصحُّ وَقْفُ الدَّرَاهِمِ وَالْدَنَانِيرِ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ :

إِنْ قُلْنَا : تَصَحُّ إِجَارَتُهَا . . صَحَّ وَقْفُهَا .

وَإِنْ قُلْنَا : لَا تَصَحُّ إِجَارَتُهَا . . لَمْ يَصَحَّ وَقْفُهَا . وَهَذَا هُوَ الصَّحِيحُ ؛ لِأَنَّهُ لَا خِلَافَ أَنَّهُ لَوْ غَضِبَ مِنْهُ دَرَاهِمٌ أَوْ دَنَانِيرٌ . . لَمْ يَجِبْ عَلَيْهِ أُجْرَتُهَا .

وَأَمَّا وَقْفُ الْكَلْبِ : فَاخْتَلَفَ أَصْحَابُنَا فِيهِ<sup>(١)</sup> : فَقَالَ بَعْضُهُمْ : فِيهِ وَجْهَانِ بِنَاءً عَلَى الْوَجْهَيْنِ فِي إِجَارَتِهِ . وَقَالَ الْقَفَّالُ : لَا يَصَحُّ وَقْفُهُ وَجْهًا وَاحِدًا ؛ لِأَنَّهُ لَا يَصَحُّ تَمْلِكُهُ . وَقَالَ بَعْضُهُمْ : يَصَحُّ وَقْفُهُ وَجْهًا وَاحِدًا ، كَمَا تَصَحُّ الْوَصِيَّةُ بِهِ .

وهل يصحُّ وَقْفُ أُمِّ الْوَلَدِ ؟ فِيهِ قَوْلَانِ<sup>(٢)</sup> :

أَحَدُهُمَا : لَا يَصَحُّ ؛ لِأَنَّ الْوَقْفَ تَمْلِكُ ، وَأُمُّ الْوَلَدِ لَا تُمْلِكُ .

وَالثَّانِي : يَصَحُّ وَقْفُهَا ، كَمَا يَصَحُّ إِجَارَتُهَا .

فَعَلَى هَذَا : إِذَا مَاتَ سَيِّدُهَا . . عَتَقَتْ بِمَوْتِهِ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ قَدْ ثَبَتَ لَهَا بِالْاِسْتِيلَادِ<sup>(٣)</sup> ، فَلَا يَبْطُلُ بِوَقْفِهَا ، كَمَا لَا يَبْطُلُ بِإِجَارَتِهَا .

فرعٌ : [الوقف في شيء معين] :

وَلَا يَصَحُّ الْوَقْفُ إِلَّا فِي عَيْنٍ مُعَيَّنَةٍ . فَإِنْ وَقَفَ عَيْنًا فِي ذِمَّتِهِ . . لَمْ يَصَحَّ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ إِبْطَالٌ لِمَعْنَى الْمِلْكِ فِيهَا ، فَلَمْ يَصَحَّ فِي عَيْنٍ بِذِمَّتِهِ ، كَالْعَتَقِ .

(١) فِي هَامِشِ نَسْخَةٍ : ( وَابْنُ الصَّبَّاحِ قَطَعَ بِالْمَنْعِ أَيْضًا ) .

(٢) فِي ( م ) : ( وَجْهَانِ ) .

(٣) الْاِسْتِيلَادُ : طَلَبُ الْوَلَدِ مِنَ الْأُمَّةِ بِأَنْ يَفْتَرِشَهَا سَيِّدُهَا .

فَإِنْ قَالَ : وَقَفْتُ أَحَدَ هَؤُلَاءِ الْعَبِيدِ . . لَمْ يَصَحَّ ؛ لِأَنَّهُ تَمْلِيكٌ مَنْجَزٌ ، فَلَمْ يَصَحَّ فِي عَيْنٍ غَيْرِ مَعَيَّنَةٍ ، كَالْبَيْعِ وَالْهَبَةِ .

فرعٌ : [وقف المشاع] :

وَيَصَحُّ الْوَقْفُ فِي الْمَقْسُومِ وَالْمَشَاعِ ، وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ وَأَبُو يُونُسَ .  
وَقَالَ مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ : لَا يَصَحُّ الْوَقْفُ فِي الْمَشَاعِ<sup>(١)</sup> .  
دَلِيلُنَا : حَدِيثُ عُمَرَ : ( أَنَّهُ وَقَفَ مِئَةَ سَهْمٍ بِخَيْرٍ ) . وَهَذَا وَقْفُ مَشَاعٍ .  
وَيَصَحُّ وَقْفُ عَلَوِ الدَّارِ دُونَ سُفْلِهَا ، أَوْ سُفْلِهَا دُونَ عُلوِّهَا ؛ لِأَنَّهُمَا كَالْعَيْنَيْنِ .

مسألةٌ : [الوقف فيما فيه طاعة] :

وَلَا يَصَحُّ الْوَقْفُ إِلَّا عَلَى مَا فِيهِ طَاعَةٌ لِلَّهِ ، كَالْوَقْفِ عَلَى أَوْلَادِهِ أَوْ عَلَى قَرَابَتِهِ أَوْ الْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ وَطَلِبَةِ الْعِلْمِ ، وَكَالْوَقْفِ عَلَى الْمَسَاجِدِ وَالسَّقَايَاتِ وَالْقَنَاطِرِ وَالْمَقَابِرِ ؛ لَمَّا ذَكَرْنَاهُ مِنْ أَخْيَارِ الصَّحَابَةِ .

فَإِنْ كَانَ الْوَقْفُ عَلَى غَيْرِ مَعَيَّنٍ . . لَمْ تَفْتَقِرْ صَحَّتُهُ إِلَى قَبُولِ الْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ .  
وَإِنْ كَانَ عَلَى مَعَيَّنٍ . . فَهَلْ تَفْتَقِرْ صَحَّتُهُ إِلَى قَبُولِ الْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ :  
الصَّحِيحُ : أَنَّهُ لَا يَفْتَقِرُ .

وَقَالَ الْمَسْعُودِيُّ [فِي «الْإِبَانَةِ» ق/ ٣٥٢] : يَفْتَقِرُ إِلَى قَبُولِهِ .  
وَمَنْ قَالَ : لَا يَفْتَقِرُ إِلَى الْقَبُولِ . . فَإِنَّ الْمَوْقُوفَ عَلَيْهِ إِذَا كَانَ مَعَيَّنًا ، وَرَدَّ الْوَقْفَ . . بَطَلَ الْوَقْفُ عَلَيْهِ .

وَإِنْ وَقَفَ عَلَى آدَمِيٍّ . . فَلَا بَدَّ أَنْ يَكُونَ مَوْجُودًا حَيًّا يَوْمَ الْوَقْفِ عَلَيْهِ .  
وَإِنْ وَقَفَ عَلَى مَيْتٍ ، أَوْ عَلَى مَنْ يُولَدُ لَهُ . . لَمْ يَصَحَّ ؛ لِأَنَّهُ عَقْدُ تَمْلِيكٍ فِي حَالِ الْحَيَاةِ ، فَلَمْ يَصَحَّ إِلَّا عَلَى مَوْجُودٍ حَيٍّ ، كَالْهَبَةِ وَالْبَيْعِ .

(١) الخلاف مبني هنا على الخلاف في اشتراط تسليم الوقف وعدمه .

إِذَا ثَبَتَ هَذَا : فَإِنَّ الشَّافِعِيَّ رَحِمَهُ اللَّهُ قَالَ : ( وَلَا يَجُوزُ أَنْ يُخْرِجَهَا مِنْ مِلْكِهِ إِلَّا إِلَى مَالِكٍ مَنْفَعَةٍ يَوْمَ يُخْرِجُهَا إِلَيْهِ ) .

فَإِنْ قَالَ قَائِلٌ : لِمَ قَالَ الشَّافِعِيُّ : ( لَا يَجُوزُ الْوَقْفُ إِلَّا عَلَى مَالِكٍ ) وَعِنْدَهُ يَجُوزُ الْوَقْفُ عَلَى الْمَسَاجِدِ وَالسَّقَايَاتِ وَالْقَنَاطِرِ وَالْمَقَابِرِ ؟ !  
قُلْنَا : عَنْ ذَلِكَ جَوَابَانِ :

أَحَدُهُمَا : أَنَّ الْوَقْفَ عَلَى الْمَسَاجِدِ وَالسَّقَايَاتِ وَالْقَنَاطِرِ وَالْمَقَابِرِ وَقَفٌّ عَلَى الْمُسْلِمِينَ فِي الْحَقِيقَةِ ؛ لِأَنَّ مَنْفَعَةَ هَذِهِ الْأَشْيَاءِ تَرْجَعُ إِلَيْهِمْ .

وَالثَّانِي : أَنَّهُ أَرَادَ بِذَلِكَ : إِذَا وَقَفَ عَلَى الْآدَمِيِّ . . . فَلَا يَصَحُّ الْوَقْفُ إِلَّا عَلَى مُوْجُودٍ حَيٍّ . فَأَمَّا الْمَيِّتُ وَالْمَعْدُومُ : فَلَا يَصَحُّ الْوَقْفُ عَلَيْهِ .

فَإِنْ قِيلَ : أَلَيْسَ لَوْ وَقَفَ عَلَى أَوْلَادِهِ وَعَقْبِهِمْ . . . جَازٌ ، وَإِنْ كَانَ الْعَقْبُ لَمْ يُخْلَقْ ؟  
قُلْنَا : إِنَّمَا جَازَ ذَلِكَ عَلَى سَبِيلِ التَّبَعِ لِلْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ الْمَوْجُودِ .

فِرْعُ : [الوقف على ذمي] :

وَإِنْ وَقَفَ مُسْلِمٌ أَوْ ذَمِّيٌّ عَلَى ذَمِّيٍّ . . . صَحَّ الْوَقْفُ ؛ لِأَنَّهُ يَصَحُّ أَنْ يَمْلِكَ بِصَدَقَةِ التَّطَوُّعِ . . . فَصَحَّ الْوَقْفُ عَلَيْهِ ، كَالْمُسْلِمِ .

وَإِنْ وَقَفَ مُسْلِمٌ أَوْ ذَمِّيٌّ عَلَى كُنَائِسِ أَهْلِ الذِّمَّةِ وَبَيْعِهِمْ . . . لَمْ يَصَحَّ الْوَقْفُ ؛ لِأَنَّهَا مَجَامِعُ الْكُفْرِ وَمَشَاتِمُ الرَّسُولِ ﷺ .

وَكَذَلِكَ الْوَقْفُ عَلَى خَادِمِهَا . . . لَا يَصَحُّ ؛ لِأَنَّ خِدْمَتَهَا مِنْ عِمَارَتِهَا .

وَإِنْ وَقَفَ عَلَى النَّازِلِينَ فِي الْكُنَائِسِ مِنَ الْمَارَّةِ مِنْ أَهْلِ الذِّمَّةِ . . . قَالَ أَبُو الصَّبَّاحِ : صَحَّ الْوَقْفُ ؛ لِأَنَّهُ وَقَفَ عَلَى أَهْلِ الذِّمَّةِ دُونَ الْكُنَائِسِ وَالْبَيْعِ .

وَإِنْ وَقَفَ شَيْئاً عَلَى كِتَابِ التَّوْرَةِ وَالْإِنْجِيلِ . . . لَمْ يَصَحَّ ؛ لِأَنَّهَا مَبْدَلَةٌ مَغْيَرَةٌ ، فَلَا حُرْمَةَ لَهَا .

وَإِنْ وَقَفَ شَيْئاً عَلَى مَنْ يَقْطَعُ الطَّرِيقَ ، أَوْ يَرْتَدُّ عَنِ الدِّينِ . . . لَمْ يَصَحَّ ؛ لِأَنَّ الْوَقْفَ



لا يصحُّ إلاَّ على برٍّ ، وهذا إعانةٌ على المعصية .

وإنَّ وَقَفَ على مرتدٍّ أو حربيّ . . ففيه وجهان ، حكاهما الشيخ أبو إسحاق :

أحدهما : يصحُّ ، كما يصحُّ الوقفُّ على الذمِّيِّ .

والثاني : لا يصحُّ ؛ لأنَّه مأمورٌ بقتلِهما ، فلا معنى للوقفِ عليهما . وهذا يبطلُ

بالزاني المحصَّن ، فإنَّه مأمورٌ بقتله ، ويصحُّ الوقفُّ عليه .

فرعٌ : [الوقف على بهيمة رجل] :

وإنَّ وَقَفَ على بهيمة رجلٍ . . ففيه وجهان :

أحدهما : لا يصحُّ ؛ لأنَّها لا تملكُ ، فلم يصحَّ الوقفُّ عليها .

والثاني : يصحُّ . قال ابن الصَّبَّاح : وهو ظاهرُ المذهب ؛ لأنَّ ذلك وَقَفٌ على

مالِكها ، قال : إلاَّ أنَّه يُنفقُ منه عليها ، فإذا نفقت - أي : ماتت - كان لصاحبها . وأمَّا

إذا وَقَفَ على عبدٍ أو أمٍّ ولَدٍ . . ففيه طريقان :

قال الشيخان - أبو حامد وأبو إسحاق - : لا يصحُّ الوقفُّ عليهما ؛ لأنَّه تملكُ

منجَزٌ ، فلم يصحَّ على العبدِ ، كالهبة<sup>(١)</sup> .

وقال القاضي أبو الطيّب في « المجرَّد » : يبنى على القولين في أنَّه : هل يملكُ إذا

ملكه السيّد ؟

فإن قلنا : إنَّه يملكُ . . صحَّ الوقفُّ عليه<sup>(٢)</sup> . فإذا أعتق . . كان له ، مثله<sup>(٣)</sup> .

وإن قلنا : إنَّه لا يملكُ . . فهو كما لو وَقَفَ على بهيمةٍ غيره ، على وجهين :

الصحيحُ : يصحُّ .

(١) في هامش نسخة : ( أراد أنه لا يملك بل يدخل في ملك السيد . « حلية العلماء » ) .

(٢) في حاشية نسخة ( المذهب فيما إذا وقفه على العبد نفسه أنه باطل ، وأنه إذا أطلق الوقف عليه يصح ويكون وقفاً على سيده . . . ) .

(٣) في هامش نسخة : ( وعلى قياس هذا إذا باعه أو وهبه يكون الوقف مستمراً ) . و ( مثله ) أي : مثل . صحة الوقف .

مسألة : [وقف على نفسه ثم الفقراء] :

إذا وقف شيئاً على نفسه ، ثم على الفقراء والمساكين . أو على نفسه وأولاده ، ثم على الفقراء . . لم يصح الوقف على نفسه .

وقال ابن أبي ليلى ، وابن شبرمة ، وأبو يوسف ، وأحمد : ( يصح ) . قال ابن الصبّاغ : وإليه ذهب أبو العباس وأبو عبد الله الزبيري من أصحابنا ؛ لما روي : أن عمر رضي الله عنه لما وقف قال : ( لا بأس على من وليها أن يأكل منها غير متأثّل مالا ) . فجعل لمن يليها أن يأكل منها . وقد يليها الواقف وغيره . وقد كانت بيده إلى أن مات .

وروي : أن عثمان رضي الله عنه لما وقف بئر رومة قال : ( دلوي منها كدلاء المسلمين )<sup>(١)</sup> ولأن الوقف وقفان : وقف خاص ، ووقف عام . ثم ثبت : أن الوقف العام له فيه حظ ، وهو : إذا وقف مسجداً أو سقاية . . فإن له أن يصلي في المسجد ، ويشرب من السقاية ، فكذلك في الوقف الخاص .

ودليلنا : أن الوقف تملك للرقبة والمنفعة ، فلا يجوز أن يملك نفسه من نفسه ، كما لا يجوز ذلك في البيع والهبة . وأما حديث عمر : فمحمول على أنه شرط ذلك لغيره .

وأما حديث عثمان : فلأن ذلك وقف عام ، وهو يدخل في العام من غير شرط . إذا ثبت هذا ، وأن وقفه على نفسه لا يصح : فإنه يكون وقفاً منقطعاً ابتداءً متصل الانتهاء ، على ما يأتي بيانه .

(١) أخرجه من طريق ثمامة بن حزن القشيري عن عثمان رضي الله عنه البخاري تعليقاً في الوصايا ، باب ( ١٤ ) ، والترمذي ( ٣٠٧٤ ) في المناقب ، والنسائي في « الصغرى » ( ٣٦٠٨ ) ، والدارقطني في « السنن » ( ١٩٦/٣ ) في الأحباس .  
قال الترمذي : هذا حديث حسن ، وقد روي من غير وجه عن عثمان .

فرعٌ : [التحبس على الولد بشرط] :

قال في « البويطي » : ( إذا قال : داري حبسٌ على ولدي ، ثمَّ مرجعُها إليَّ إذا أنقرضَ . . فالحبسُ باطلٌ ) . وقد قيل : جائزٌ ، ويرجعُ إلى أقربِ الناسِ بالمُحبسِ .

مسألةٌ : [الوقف المعلق أو على التخيير] :

وإن قال : وقفتُ داري هذه على أحدِ هذينِ الرجلينِ ، أو على مَنْ يختاره فلانٌ . . لم يصحَّ ؛ لأنَّه تملكٌ منجزٌ ، فلم يصحَّ على غيرِ معيَّن ، كالبيع .

وإن قدرَ الوقفَ بمدةٍ . . فاختلفَ أصحابنا فيه :

فقال الشيخُ أبو إسحاق : لا يصحُّ مِنْ غيرِ تفصيلٍ .

وقال المسعوديُّ [في « الإبانة » ق/ ٣٤٩] : إذا قال : وقفتُ داري هذه على زيدِ سنةً ، ثمَّ تعودُ ملكي بعدَ السنةِ . . ففيها ثلاثةُ أقوالٍ<sup>(١)</sup> :

أحدها : لا يصحُّ الوقفُ ؛ لأنَّ مقتضى الوقفِ التأييدُ ، وليسَ هذا بمؤبَّدٍ .

والثاني : يصحُّ الوقفُ ، ويرجعُ إليه بعدَ السنةِ ، فكأنَّه جعلَ غيرهَ أحقَّ بمنفعةِ الدارِ هذهِ السنةَ بإجارةٍ أو إعارَةٍ .

والثالثُ : يكونُ كما لو قال : وقفتُها على زيدٍ وأولادهِ ، وأطلقَ . . فيكونُ وقفاً متَّصلاً بالابتداءِ منقطعَ الانتهاءِ ، على ما يأتي بيانهُ .

وقال ابنُ الصَّبَّاحِ : وإن قال : وقفتُها على زيدِ سنةً ، وأطلقَ . . فإنَّه وقفٌ متَّصلٌ بالابتداءِ منقطعُ الانتهاءِ ، على ما يأتي بيانهُ .

وإن قال : وقفتُ هذا على زيدِ سنةً ، ثمَّ بعدَ السنةِ على الفقراءِ والمساكينِ . . فظاهرُ كلامِ ابنِ الصَّبَّاحِ أنَّه يصحُّ قولاً واحداً . وقد ذكرَ الشيخُ أبو حامدٍ ما يدلُّ على ذلك في التي بعدها .

(١) لكن قال في « التنبيه » : قولان . من هامش نسخة .

مسألة : [الوقف على أحوال] :

وإذا وَقَفَ وَقَفًا : فلا يخلو مِنْ أربعة أحوالٍ : إمَّا أَنْ يكونَ معلومَ الابتداءِ والانتهاءِ ، أو يكونَ مجهولَ الابتداءِ والانتهاءِ ، أو يكونَ معلومَ الابتداءِ مجهولَ الانتهاءِ ، أو يكونَ مجهولَ الابتداءِ معلومَ الانتهاءِ .

فإن كانَ معلومَ الابتداءِ والانتهاءِ . . صحَّ الوقفُ ، وذلكَ يُتصوَّرُ مِنْ وَجهينِ :

أحدهما : أَنْ يَقِفَهُ عَلَى قومٍ معيَّنينَ بالصفةِ لا يجوزُ بحكمِ العادةِ أَنْقِطَاعُهُمْ ، مثلُ : أَنْ يَقِفَهُ عَلَى الفقراءِ والمساكينِ ، أو عَلَى طَلَبَةِ العلمِ ، أو أبناءِ السبيلِ ، وما أشبهَ ذلكَ ، أو عَلَى قبيلةٍ لَا تنقطعُ ، كبنِي تميمٍ .

الثاني : أَنْ يَقِفَهُ عَلَى قومٍ معيَّنينَ ينقطعونَ في العادةِ ، ثُمَّ بعدهمُ عَلَى مَنْ لَا يَنْقَطِعُ ، مثلُ أَنْ يَقِفَهُ عَلَى أولادهِ وأولادِ أولادهِ ، فإذا أَنْقَرَضُوا ، فعلى الفقراءِ والمساكينِ .

قالَ الشيخُ أبو حامدٍ : ولا يجوزُ أَنْ يكونَ الابتداءُ معلوماً بالصفةِ ، والانتهاءُ معلوماً بالتعيينِ ، مثلُ أَنْ يقولَ : وَقَفْتُ هَذَا عَلَى الفقراءِ والمساكينِ ، ثُمَّ عَلَى أولادي ، أو عَلَى بني تميمٍ ؛ لِأَنَّ هَذَا لَا يَفْنَى ؛ لِأَنَّ الدُّنْيَا لَا تَخْلُو مِنْ فقراءٍ ومساكينٍ .

قالَ : إِلَّا أَنْ يُقَدَّرَهُ بِمَدَّةٍ ، مثلُ أَنْ يقولَ : وَقَفْتُهُ عَلَى الفقراءِ والمساكينِ سَنَةً ، أو عَشَرَ سَنِينَ ، ثُمَّ عَلَى أولادي ، ثُمَّ عَلَى بني تميمٍ ، فيصحُّ .

فإن كانَ الوقفُ مجهولَ الابتداءِ والانتهاءِ ، مثلُ أَنْ يقولَ : وَقَفْتُ دَارِي عَلَى أولادي ، ولا أولادَ لَهُ ، أو عَلَى رجالٍ ، أو عَلَى حَمَلِ هذهِ المرأةِ . . فلا يصحُّ الوقفُ ؛ لِأَنَّ الوقفَ تَمْلِيكٌ لِلرَّقَبَةِ والمنفعةِ ، فَلَمْ يَصَحَّ عَلَى مَنْ لَا يَمْلِكُ ، كما لَا يَصَحُّ البيعُ والإجارةُ مِنْ غيرِ ملكٍ .

فإن كانَ الوقفُ معلومَ الابتداءِ مجهولَ الانتهاءِ ، مثلُ أَنْ يقولَ : وَقَفْتُ هَذَا عَلَى أولادي ، ويسكتَ ، وَلَهُ أولادٌ ، أو عَلَى أولادي وأولادِ أولادي ما تناسلوا وتعاقبوا ،

وَلَمْ يَصْرَفْهُ بَعْدَ أَنْقَرَا ضِهِمْ عَلَى سَبِيلٍ لَا يَنْقَطِعُ . . ففِيهِ قَوْلَانِ :

أَحَدُهُمَا : أَنَّ الْوَقْفَ بَاطِلٌ . وَبِهِ قَالَ مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ ؛ لِأَنَّ مُقْتَضَى الْوَقْفِ التَّابِيدُ ، وَهَذَا لَيْسَ بِمُؤَبَّدٍ ؛ لِأَنَّ نَسْلَهُ قَدْ يَنْقَطِعُ ، فَلَمْ يَصَحَّ الْوَقْفُ ، كَمَا لَوْ كَانَ مَجْهُولَ الْإِبْتِدَاءِ وَالْإِنْتِهَاءِ .

وَالثَّانِي : يَصَحُّ الْوَقْفُ . وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ ؛ لِأَنَّ ابْتِدَاءَ الْوَقْفِ مَعْلُومٌ ، وَيُمْكِنُ نَقْلُهُ إِلَى غَيْرِهِ بَعْدَ أَنْقَرَا ضِهِ ، فَصَحَّ ، كَمَا لَوْ كَانَ مَعْلُومَ الْإِبْتِدَاءِ وَالْإِنْتِهَاءِ .

فَإِذَا قُلْنَا : إِنَّ الْوَقْفَ بَاطِلٌ . . فَإِنَّ الْمَوْقُوفَ يَكُونُ بَاقِيًا عَلَى مِلْكِ الْوَاقِفِ .

وَإِذَا قُلْنَا : إِنَّ الْوَقْفَ صَحِيحٌ . . فَإِنَّ الْوَقْفَ يُصْرَفُ إِلَى الْمَوْقُوفِ عَلَيْهِمْ مَا دَامُوا .

فَإِذَا أَنْقَرَضُوا . . ففِيهِ ثَلَاثَةُ أَقْوَالٍ حَكَاهَا الْمَسْعُودِيُّ [فِي « الْإِبَانَةِ » ق/ ٣٤٧] :

أَحَدُهَا : يُصْرَفُ إِلَى الْمَسَاكِينِ ؛ لِأَنَّهُمْ هُمُ الَّذِينَ يَتَوَلَّوْنَ إِلَيْهِمُ الْوَقْفُ الصَّحِيحُ .

وَالثَّانِي - وَهُوَ قَوْلُ أَبِي يَوْسَفَ - : أَنَّهُ يَرْجِعُ مِلْكًا إِلَى الْوَاقِفِ إِنْ كَانَ بَاقِيًا ، أَوْ إِلَى

وَارِثِهِ إِنْ كَانَ مَيِّتًا ؛ لِأَنَّهُ جَعَلَهُ وَقْفًا عَلَى مَنْ سَمَّاهُ ، فَلَا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ وَقْفًا عَلَى غَيْرِهِ ، فَرَجَعَ إِلَى الْوَاقِفِ .

وَالثَّلَاثُ - وَهُوَ الصَّحِيحُ ، وَلَمْ يَذْكُرْ أَصْحَابُنَا الْبَغْدَادِيُّونَ غَيْرَهُ - : أَنَّهُ يُنْقَلُ إِلَى

أَقْرَبِ النَّاسِ بِالْوَقْفِ ؛ لِأَنَّ مِلْكَهُ قَدْ زَالَ عَنْهُ <sup>(١)</sup> عَلَى وَجْهِ الْقُرْبَةِ ، فَلَمْ يَعُدْ إِلَيْهِ ، كَمَا

لَوْ أَعْتَقَ عَبْدًا . وَإِذَا لَمْ يَعُدْ مِلْكُهُ إِلَيْهِ . . كَانَ أَقَارِبُهُ بَعْدَ مَنْ سَمَّاهُ أَوْلَى ؛ لِأَنَّهُ قَصَدَ جِهَةَ

الثَّوَابِ وَأَوْلَى جِهَاتِ الثَّوَابِ أَقَارِبُهُ ؛ لِقَوْلِهِ ﷺ : « لَا صَدَقَةَ وَذُو رَحِمٍ مُّحْتَاجٌ » <sup>(٢)</sup> ،

وَقَوْلِهِ ﷺ : « صَدَقْتُكَ عَلَى الْمَسَاكِينِ صَدَقَةً ، وَعَلَى ذِي رَحِمٍ اثْنَتَانِ : صَدَقَةٌ

وَصِلَةٌ » <sup>(٣)</sup> .

(١) فِي نَسْخَةٍ : ( يَدْعُهُ ) .

(٢) لَمْ أَرَهُ .

(٣) أَخْرَجَهُ عَنْ سُلَيْمَانَ بْنِ عَامِرٍ أَبُو عُبَيْدٍ فِي « الْأَمْوَالِ » ( ٩١٦ ) ، وَالتِّرْمِذِيُّ ( ٦٥٨ ) ، وَالنَّسَائِيُّ

فِي « الصَّغَرِيُّ » ( ٢٥٨٢ ) ، وَابْنُ مَاجَهَ ( ١٨٤٤ ) ، وَابْنُ خَزِيمَةَ فِي « صَحِيحِهِ » ( ٢٣٨٥ ) ،

وَابْنُ حِبَّانَ فِي « الْإِحْسَانِ » ( ٣٣٤٤ ) ، وَالْحَاكِمُ فِي « الْمُسْتَدْرَكِ » ( ٤٠٧/١ ) ، وَابْنُ بَيْهَقٍ فِي

« السُّنَنِ الْكُبْرَى » ( ١٧٤/٤ ) فِي الزَّكَاةِ بِإِسْنَادٍ صَحِيحٍ ، قَالَ التِّرْمِذِيُّ : حَسَنٌ وَفِيهِ أَلْفَاظٌ : =



فإذا قلنا بهذا : قال المسعودي [في « الإبانة » ق/ ٣٤٦] : فأختلف أصحابنا في أقرب الناس إليه :

فمنهم من قال : هم ورثته الذين جعلهم الله أحق بميراثه .

وقال ابن سريج : أقربهم جواراً لا قرابة ؛ لأن الشافعي قال : ( يُصرف إلى أقرب الناس بالواقف ) وأقربهم به : جاره .

ومنهم من قال : أقربهم به رحماً وإن لم يكن وارثاً . وهذا هو المشهور .

فعلى هذا : إن كان هناك ابن بنت أو ابنة بنت ، وابن عم . . . كان ابن البنت أو ابنة البنت أولى من ابن العم .

وإن كان هناك قرابة له ذكور ونساء : سوى بينهم ، فيقدم الأقرب فالأقرب . فأقربهم الأولاد ، ثم أولادهم وإن سفلوا . فإن لم يكن أحد منهم . . فالأبوان . فإن اجتمعا . . استويا . فإن اجتمع له جد وأخ لأب . . ففيه قولان : أحدهما : أنهما سواء ، كما قلنا في الميراث .

والثاني : أن الأخ أولى ؛ لأن تعصيه تعصيب الأولاد .

وهل يختص به فقراؤهم ، أو يشترك به الأغنياء والفقراء ؟ فيه قولان :

أحدهما : يشترك فيه الأغنياء والفقراء ؛ لأن اسم القرابة يجمعهم .

والثاني : يختص به الفقراء ؛ لأن القصد منه القربة ، والقربة في الفقراء أكثر ثواباً من الغني .

فإن كان الوقف مجهول الابتداء معلوم الانتهاء ، مثل أن يقف على ولده ولا ولد له ، ثم على الفقراء . أو على قوم غير معينين ثم على الفقراء ، أو على زيد ثم على الفقراء فردّ زيد الوقف . . فإن الوقف يبطل عليه . وهل يبطل الوقف على الفقراء في هذه المسائل<sup>(١)</sup> ؟ اختلف أصحابنا فيه :

= « الصدقة على المسكين صدقة » و : « إن الصدقة على المسكين صدقة » .

(١) قال الشيخ زيد اليفاعي في « فتاويه » : متى صح الوقف على الموقوف عليه بوجود شرائطه . . =

فَقَالَ أَبُو عَلِيٍّ بْنُ أَبِي هُرَيْرَةَ : هِيَ عَلَى قَوْلَيْنِ كَأَلَّتِي قَبْلَهَا . وَقَدْ نَصَّ الشَّافِعِيُّ عَلَى الْقَوْلَيْنِ فِيهَا فِي « حَرَمَلَةَ » ؛ لِأَنَّ الْجَهَالََةَ دَخَلَتْ فِي أَحَدِ طَرَفِي الْوَقْفِ ، فَهُوَ كَمَا لَوْ دَخَلَتْ فِي الْإِنْتِهَاءِ .

وَقَالَ أَبُو إِسْحَاقَ : يَبْطُلُ الْوَقْفُ هَاهُنَا قَوْلًا وَاحِدًا ، وَهُوَ الْمَنْصُوصُ فِي « الْمَخْتَصِرِ » ؛ لِأَنَّ الثَّانِيَّ فَرْعٌ لِأَصْلِ بَاطِلٍ ، فَكَانَ بَاطِلًا .

فَإِذَا قُلْنَا : إِنَّهُ بَاطِلٌ . . . فَلَا كَلَامَ .

وَإِذَا قُلْنَا : إِنَّهُ صَحِيحٌ . . . فَلَا حَقَّ لِلْبَطْنِ الْأَوَّلِ فِيهِ . وَهَلْ يَنْقَلُ الْوَقْفُ إِلَى الْبَطْنِ الثَّانِي ؟ يَنْظُرُ فِيهِ :

فَإِنْ كَانَ الْبَطْنُ الْأَوَّلُ لَا يُمْكِنُ أَعْتَابُ أَنْقَرَضِهِ كَرَجُلٍ غَيْرِ مُعَيَّنٍ . . . نُقِلَ الْوَقْفُ فِي الْحَالِ إِلَى الْبَطْنِ الثَّانِي .

وَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ يُمْكِنُ أَعْتَابُ أَنْقَرَضِهِ كَأُمٍّ وَلَدِهِ ، أَوْ وَقَفَ عَلَى وَارَثِهِ فِي مَرَضٍ مَوْتِهِ ، ثُمَّ عَلَى الْفُقَرَاءِ . . . فَفِيهِ ثَلَاثَةُ أَوْجِهٍ :

أَحَدُهَا : أَنَّهُ يُنْقَلُ فِي الْحَالِ إِلَى الْبَطْنِ الثَّانِي ؛ لِأَنَّ الْوَقْفَ لَمْ يَصَحَّ عَلَى الْأَوَّلِ ، فَكَانَ وُجُودُهُ كَعَدَمِهِ .

وَالثَّانِي : أَنَّهُ يَرْجِعُ إِلَى الْوَاقِفِ إِنْ كَانَ حَيًّا ، أَوْ إِلَى وَارَثِهِ إِنْ كَانَ مَيِّتًا ، إِلَى أَنْ يَنْقَرِضَ الْبَطْنُ الْأَوَّلُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُ نَقْلُهُ إِلَى الثَّانِي فِي الْحَالِ ؛ لِأَنَّهُ شَرَطَ فِي صَرْفِهِ إِلَيْهِ أَنْقَرَاضَ الْأَوَّلِ ، فَبَقِيَ عَلَى مِلْكِ الْوَاقِفِ .

وَالثَّلَاثُ - وَهُوَ اخْتِيَارُ ابْنِ الصَّبَّاحِ - : أَنَّهُ يُنْقَلُ إِلَى أَقْرَبِ النَّاسِ بِالْوَاقِفِ إِلَى أَنْ يَنْقَرِضَ الْأَوَّلُ ، ثُمَّ يُنْقَلُ إِلَى الثَّانِي ، كَمَا قُلْنَا فِي الْوَقْفِ الْمَعْلُومِ الْإِبْتِدَاءِ ، الْمَجْهُولِ الْإِنْتِهَاءِ .

= لم يكن له ردُّه ، كَالِهَبَةِ الْمَقْبُوضَةِ لَا يَمْلِكُ رَدُّهَا . وَلَعَلَّهُ أَرَادَ بِهِ قَبْضَ الْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ - بَعْدَ الْقَبُولِ - لِأَنَّهُ يَفْهَمُ مِنْ تَشْبِيهِهِ بِالِهَبَةِ . وَأَمَّا الْقَبْضُ : فَاشْتَرَطَ بِلَا خِلَافٍ عَلَى الْمَذْهَبِ ( كَذَا جَاءَ فِي حَاشِيَةِ نَسْخَةٍ .

قال الشيخ أبو حامد : وقد نصَّ الشافعيُّ في « حرمة » : ( أن رجلاً لو وقف داره في مرض موته على ولده ، وولد ولده . . صحَّ الوقف في نصف الدار على ولد الولد ، ولم يصحَّ في النصف على الولد ؛ لأنه وارث . فيكون للولد أخذ نصف غلة الوقف ما عاش ، فإذا مات . . صار ذلك لولد الولد ) فجعل للولد أخذ نصف الغلة بحق الملك ، فإذا مات . . نُقل إلى ولد الولد .

فإذا قلنا : إنه ينقل إلى أقرباء الواقف . . فهل يختصُّ به فقراؤهم ، أو يشترك فيه أغنيائهم وفقراؤهم ؟ على ما مضى من القولين .

فرعٌ : [وقف داره على اثنين ولم يذكر من بعدهما] :

قال المسعوديُّ [في « الإبانة » ق/ ٣٤٧] : لو وقف داره على زيد وعمرو ، وسكت عن ذكر من بعدهما ، وقلنا : يصحُّ ، فمات أحدهما . . ففيه قولان : أحدهما : يرجع نصيب الميت إلى الباقي منهما ؛ لأنها موقفةٌ عليهما ، فكان الباقي منهما أحقَّ بها .

والثاني : يُصرف نصيب الميت منهما إلى ما يُصرف جميعها إذا ماتا ، على ما مضى .

فرعٌ : [لم يذكر الموقوف عليه] :

وإن قال : وقفت داري ، أو تصدقتُ به صدقةً مُحَرَّمةً ، ولم يقل على من . . ففيه قولان :

أحدهما : إنَّ الوقف باطلٌ ؛ لأنَّ الوقف تملكٌ فلا بدَّ من مُملِك ، كالبيع والهبة ، ولأنَّه لا خلاف أنَّه لو قال : وقفت داري على أقوامٍ أو رجالٍ ، أنَّه لا يصحُّ الوقف وقد ذكر الموقوف عليه . . فبأن لا يصحَّ ولم يذكره أولى .

والثاني : يصحُّ الوقف ؛ لأنَّ القصد من الوقف القربة ، فصحَّ وإن لم يذكر الواقف الموقوف عليه ، كما لو قال : عليَّ لله أن أضحيَّ بهذه الشاة . ولأنَّه لو قال : أوصيتُ

بثلثي وأطلق . . لصَحَّتِ الوصِيَّةُ وصُرِفَتْ إلى الفقراء ، فكذلك هذا مثله . ويفارقُ البيعَ والهبةَ ؛ لأنه ليسَ لهما مصَرَفٌ معروفٌ . ويفارقُ إذا وَقَفَ على قومٍ أو رجالٍ غيرِ معيَّنين ؛ لأنَّا لو صحَّحناه ورَدَدناه على قومٍ . . ربَّما أخطأنا مراده إن كان قصده غيرهم .  
فإذا قلنا : إنَّ الوقفَ صحيحٌ . . فإنَّ الوقفَ يُصرفُ إلى أقرباء الواقفِ ؛ لأنَّهم أولى جهاتِ الثوابِ .

قال الشافعيُّ : ( ويستوي فيه الأغنياء والفقراء ) .

قال الشيخ أبو حامد : فنصَّ على أحد القولين ، ويجيء فيه القول الآخرُ أنَّه يختصُّ به فقراؤهم .

**مسألة :** [يشترط للوقف القول] :

ولا يصحُّ الوقفُ إلا بالقولِ . وألفاظُهُ ستَّةٌ :

وَقَفْتُ ، وَحَبَسْتُ ، وَسَبَّلْتُ ، وَتَصَدَّقْتُ ، وَحَرَّمْتُ ، وَأَبَدْتُ .

فأمَّا الوقفُ : فهو صريحٌ ؛ لأنه لا يصلحُ في عُرْفِ اللُّغَةِ إلا لذلك .

وأمَّا التحبُّسُ ، والتسبيلُ : فهما صريحان أيضاً ؛ لأنَّ الشرعَ وردَ بهما ، وهو قولُ

النبيِّ ﷺ : « حَبَسِ الْأَصْلَ وَسَبَّلِ الثَّمَرَةَ » ولا يصلحان في اللُّغَةِ إلا لذلك .

أمَّا الصدقةُ : فهو كنايةٌ . فإنَّ نوى به الوقفَ . . صارَ وقفاً فيما بينه وبين الله تعالى

دونَ الحكمِ ، إلا أنَّ يقولَ : أنا نويتُ به الوقفَ ، فيصيرُ وقفاً فيما بينه وبين الله تعالى

وفي الحكمِ ؛ لأنَّ هذه اللَّفْظَةَ مشتركةٌ بينَ صدقةِ الفرضِ والتطوُّعِ ، وهي في صدقةِ

التطوُّعِ أظهرُ .

فإنَّ قرنَ بالصدقةِ لَفْظَةً مِنْ أَلْفَاظِ الوقفِ ، بأنَّ قالَ : صدقةٌ موقوفةٌ ، أو مُحَبَّسَةٌ ،

أو مُسَبَّلَةٌ ، أو مُحَرَّمَةٌ ، أو مُؤَبَّدَةٌ ، أو قرنَ بها حكماً مِنْ أَحْكَامِ الوقفِ ، بأنَّ قالَ :

صدقةٌ لا تباعُ ، ولا توهبُ ، ولا تورثُ . . صارَ ذلكَ وقفاً ؛ لأنَّ انضمامَ ذلكَ إلى لفظِ

الصدقةِ لا يحتملُ غيرَ الوقفِ .

وأمَّا قوله : حَرَّمْتُ ، وَأَبَدْتُ : ففيهما وَجْهَانِ :

أحدهما : أنَّهما كنايةٌ . وهو اختيارُ المحامليِّ ؛ لأنَّ قوله حرَّمتُ : يقتضي تحريماً عن نفسه ، ولا يقتضي تملك العين . والوقفُ يقتضي تملك العين ، فلم تكن صريحةً .

وقوله أبدتُ : يقتضي التأييد ، وليس لهذه اللَّفظة عُرفٌ مستعملٌ .

والثاني : أنَّهما صريحان . وهو اختيارُ ابنِ الصَّبَّاحِ ؛ لأنَّ لَفْظَةَ التحريمِ والتأييدِ في الجماداتِ لا يصلحانِ لغيرِ الوقفِ .

قال ابنُ الصَّبَّاحِ : ولأنَّ الشافعيَّ جعلهما مع لَفْظَةِ الصَّدَقَةِ صريحين في الوقفِ . ولو كانا كنايةً في الوقفِ . . لم تصرِ الصَّدَقَةُ بهما صريحاً ؛ لأنَّ بإضافة الكنايةِ إلى الكنايةِ لا يحصلُ الصريحُ .

فرعٌ : [يلزم الواقف للمسجد والمقبرة أن يتلفظ بذلك] :

فإن بنى مسجداً وأذن للناس في الصلاة فيه ، أو أذن للناس في الدفن في أرضه . . لم يصير بذلك وقفاً .

وقال أبو حنيفة : ( إذا بنى في داره مسجداً ، وفتح بابه إلى الشارع ، وأذن للناس في الصلاة فيه ، أو أذن للناس بالدفن في أرضه . . صاراً بذلك وقفاً ) .

دليلنا : أنَّه تحبُّسُ عينٍ على وجهِ القُربةِ ، فكان من شرطه القولُ مع القدرة عليه ، كما لو حبَّس داراً على الفقراء والمساكين . وهذا<sup>(١)</sup> احترازٌ من الأخرس .

مسألةٌ : [صحة الوقف تزيل الملك] :

وإذا صحَّ الوقفُ . . زال ملكُ الواقفِ عن الوقفِ .

وحكى أبو العباس ابنُ سريجٍ فيه قولاً آخرَ : أنَّه لا يزول ملكُهُ عن الوقفِ ، وهو قولُ مالكٍ ، والأوَّلُ هو المشهورُ ؛ لأنَّ الوقفَ سببٌ يقطعُ تصرُّفَ الواقفِ في الرقبة والمنفعة ، فأزال الملكُ ، كالعتق .

(١) في (م) : ( وفيه ) .



إذا ثبتَ هذا : فإلى مَنْ ينتقلُ المِلْكُ في الوقفِ ؟

نصَّ الشافعيُّ هاهنا : ( أَنَّ المِلْكَ ينتقلُ فيه إلى الله تعالى ) ونصَّ في ( الشهادات ) : ( أَنَّ الرجلَ إذا ادَّعى أَنَّ أباهُ وقفَ عليه ، وأقامَ عليه شاهداً واحداً . . . حلفَ معه ) .

فمن أصحابنا مَنْ قالَ : هذا يدلُّ على أَنَّ المِلْكَ أُنْتَقَلَ إلى الموقوفِ عليه ؛ لأنَّه حُكِمَ بثبوتِ الوقفِ بشاهدٍ ويمينٍ ، ولو أُنْتَقَلَ إلى الله تعالى . . . لم يُحْكَمْ بثبوتِهِ بشاهدٍ ويمينٍ ، كما قلنا في العتقِ ، فتكونُ المسألةُ على قولين :

أحدهما : يَنْتَقِلُ المِلْكُ فيه إلى الموقوفِ عليه ، إِلَّا أَنَّهُ لا يَمْلِكُ التصرُّفَ في رَقَبَتِهِ ؛ لأنَّ الوقفَ متموِّلٌ ، بدليلِ أَنَّهُ يجبُ على مُتْلِفِهِ القيمةُ ، وما كانَ متموِّلاً ، فإنَّ المِلْكَ فيه للآدميِّ ، كالحربيِّ إذا أُسْرِقَ ، والصيْدِ .

والثاني : أَنَّهُ يَنْتَقِلُ إلى الله تعالى ، وهو الصحيحُ ؛ لأنَّه معنى يُزِيلُ المِلْكَ ، لا يُقصدُ به الانتفاعُ بالرَّقَبَةِ ، فأنْتَقَلَ إلى الله تعالى كالعتقِ .

وقالَ أبو العباس : يَنْتَقِلُ إلى الله تعالى قولاً واحداً ؛ لِما ذكرناه . وإنَّما حَكَمَ الشافعيُّ فيه بالشاهدِ واليمينِ ؛ لأنَّ مِلْكَ المنفعةِ للموقوفِ عليه ، والمنافعُ تثبتُ بالشاهدِ واليمينِ .

وحكى القاضي أبو الطيّبِ طريقاً ثالثاً : أَنَّ المِلْكَ يَنْتَقِلُ إلى الموقوفِ عليه قولاً واحداً . وحيثُ قالَ الشافعيُّ : ( يَمْلِكُ الموقوفُ عليه منفعتَهُ لا رَقَبَتَهُ ) أرادَ به : لا يَمْلِكُ بيعَ رَقَبَتِهِ ولا هَبَتَهَا ، والصحيحُ الطريقُ الأوَّلُ .

وأما منفعةُ الوقفِ : فإنَّها مِلْكٌ للموقوفِ عليه بلا خلافٍ .

فإنَّ كانَ الموقوفُ شجرةً . . . مَلِكُ الموقوفِ عليه ثمرَتُها ، وتجبُ فيها الزكاةُ ؛ لأنَّه يَمْلِكُها .

وإنَّ كانَ الموقوفُ نصاباً منَ الماشيةِ على رجلٍ تجبُ عليه الزكاةُ ، وحالَ عليها الحولُ ، فإنَّ قلنا : إِنَّ المِلْكَ فيها لله تعالى . . . لم تجبُ فيها الزكاةُ ، وإنَّ قلنا : إِنَّها في مِلْكِ الموقوفِ عليه ، فهل تجبُ عليه الزكاةُ ؟ فيه وجهانِ مضى ذكرُهما في الزكاةِ .

قال الشيخ أبو حامد : فإذا قلنا : يجب عليه . . فإنه لا يُخرجُها منها ، وإنما يُخرجُها من ماله ، ويملكُ الموقوفُ عليه صوفها ولبنها ؛ لأنه غلَّتْها . وإن وُلِدَتْ أولاداً بعد الوقف . . ففيه وجهان :

أحدهما : أنَّ الولدَ ملكٌ للموقوفِ عليه يجوزُ له بيعُهُ ؛ لأنه من نَمَائِها ، فهو كثمرَةِ الشجرة وكسبِ العبد .

والثاني : أنَّ الولدَ يكونُ وقفاً ، كالأمِّ ؛ لأنَّ كلَّ حكمٍ ثبتَ للأمِّ ، تبعها فيه الولدُ ، كأمِّ الولدِ .

وإن وقفَ بهيمةٌ حاملاً . . قال ابنُ الصَّبَّاحِ :

فإن قلنا : للحملِ حكمٌ . . كان الولدُ وقفاً .

وإن قلنا : لا حكمٌ للحملِ . . كان كالولدِ الحادثِ بعد الوقفِ ، على الوجهين .

فرعٌ : [وطء الجارية الموقوفة] :

وإن كان الموقوفُ جاريةً فوطئها الواقفُ ، أو أجنبيٌّ بشبهةٍ ، أو أكرهها على الوطء . . وجبَ عليه المهرُ للموقوفِ عليه ؛ لأنَّ ذلك من كسبِها .

ولا يجوزُ للموقوفِ عليه وطؤها قولاً واحداً ؛ لأنه لا يملكُها في أحد القولين ، ويملكُها في الثاني ، إلاَّ أنه ملكٌ ضعيفٌ ، بدليل أنَّه لا يملكُ بيعها ولا هبتها . والوطءُ لا يكونُ إلاَّ في ملكٍ تامٍّ ، فإن خالفَ ووطئها . . لم يجبَ عليه الحدُّ ؛ لأنه وطءٌ شبهةٌ ، ولا يجبُ عليه المهرُ ؛ لأنه لو وطئها غيره ووطئاً يوجبُ المهرَ . . لكان المهرُ الذي يُستحقُّ عليه للموقوفِ عليه ، فلا يجوزُ أن يستحقَّ مهرها على نفسه .

وهل يجوزُ تزويجُها ؟ فيه وجهان :

أحدهما : يجوزُ ، كما يجوزُ إجارتُها .

والثاني : لا يجوزُ ؛ لأنه يُخافُ عليها أن تحبلَ من الوطءِ ، وتموتَ منه ، فيبطلَ حقُّ البطنِ الثاني منها .

وإذا قلنا : يجوزُ تزويجُها . . فمن يزوّجُها ؟

إِنْ قُلْنَا : إِنَّ الْمَلِكَ فِيهَا لِلْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ . . زَوَّجَهَا .  
وإِنْ قُلْنَا : إِنَّهُ لِلَّهِ تَعَالَى . . زَوَّجَهَا الْحَاكِمُ بِإِذْنِ الْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ ، وَيَجِبُ لَهُ مَهْرُهَا .  
وإِنْ أَتَتْ بَوْلِدٍ . . كَانَ عَلَى الْوَجْهَيْنِ فِي وَلَدِ الْبَهِيمَةِ .

مَسْأَلَةٌ : [تلف الموقوف] :

وإِنْ أَتَلَفَ أَجْنَبِيٌّ الْوَقْفَ ، أَوْ أَتَلَفَهُ الْوَاقِفُ . . وَجِبَ عَلَيْهِ قِيَمَتُهُ ، وَلَمْ يَكُنْ ؟ فِيهِ طَرِيقَانِ :

[الْأَوَّلُ] : مِنْ أَصْحَابِنَا مَنْ قَالَ : إِذَا قُلْنَا : إِنَّ الْمَلِكَ لِلْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ . . وَجِبَتْ لَهُ الْقِيَمَةُ ، يَتَصَرَّفُ فِيهَا بِمَا شَاءَ .

وإِنْ قُلْنَا : إِنَّ الْمَلِكَ لِلَّهِ تَعَالَى . . اشْتَرَى بِالْقِيَمَةِ شِقْصًا وَأَوْقَفَهُ وَيَكُونُ وَقْفًا بِالْعَيْنِ الَّتِي أُتْلِفَتْ .

[الطريق الثاني] : قَالَ الشَّيْخُ أَبُو حَامِدٍ : يَشْتَرِي بِالْقِيَمَةِ مِثْلَ الْعَيْنِ عَلَى الْقَوْلَيْنِ ، وَهُوَ اخْتِيَارُ أَبِي الصَّبَّاحِ ؛ لِثَلَاثِ بَطْنِ الْبَطْنِ الثَّانِي مِنْهَا .

فَإِنْ كَانَ الْمَوْقُوفُ عَبْدًا ، فَقَتَلَهُ عَبْدٌ عَمْدًا . . قَالَ أَبُو الصَّبَّاحِ : فَعِنْدِي <sup>(١)</sup> أَنَّهُ لِلْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ إِذَا قُلْنَا : إِنَّ الْمَوْقُوفَ عَلَيْهِ يَسْتَحِقُّ قِيَمَتَهُ ، أَنْ يَثْبِتَ لَهُ الْقِصَاصُ . وَإِنْ قُلْنَا : إِنَّ الْمَلِكَ لِلَّهِ تَعَالَى . . فَإِنَّ الْقِصَاصَ إِلَى الْإِمَامِ إِنْ رَأَى ذَلِكَ .

وإِنْ قُطِعَتْ يَدُهُ خَطَأً . . وَجِبَتْ فِيهَا نِصْفُ قِيَمَتِهِ ، وَفِيهَا وَجْهَانِ :

أَحَدُهُمَا : تَكُونُ لِلْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ .

وَالثَّانِي : يُشْتَرَى بِهَا شِقْصٌ مِنْ عَبْدٍ .

وإِنْ قَتَلَهُ الْمَوْقُوفُ عَلَيْهِ :

فَإِنْ قُلْنَا : إِنَّ الْقِيَمَةَ تَصَرَّفُ إِلَيْهِ . . لَمْ يَجِبْ عَلَيْهِ دَفْعُ الْقِيَمَةِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَسْتَحِقُّ شَيْئًا عَلَى نَفْسِهِ ، كَمَا لَوْ قَتَلَ عَبْدٌ نَفْسَهُ .

(١) فِي ( م ) : ( فَهُوَ ) .

وإن قلنا : يشتري بالقيمة مثل العين . . أخذت منه القيمة ، وأشترى بها عبد يكون وقفاً كالأول ، وعلى الموقوف عليه الكفارة بكل حال .

فرع : [وطء الواقف أو الأجنبي بشبهة] :

وإن كان الموقوف جارية ، فوطئها الواقف ، أو أجنبي بشبهة ، فأتت منه بولد . . فإن الولد يكون حرّاً للشبهة ، ويجب عليه قيمته ؛ لأنه أتلّف رقه<sup>(١)</sup> باعتقاده .

فإن قلنا : إن الولد لو كان مملوكاً لكان للموقوف عليه . . وجبت القيمة له .

وإن قلنا : إن الولد يكون وقفاً كأمه لو كان مملوكاً . . ففي قيمة الولد طريقان ، كما قلنا في قيمة الوقف إذا أتلّفه أجنبي ، أو أتلّفه الواقف .

ولا تصير الجارية أمّ ولدٍ للواطيء ؛ لأنه وطئها في غير ملكه . وإن وطئها الموقوف عليه وأولد منها ولداً . . فإن الولد يكون حرّاً ، سواء علم تحريم الوطء أو لم يعلم ؛ لأنه يملكها في أحد القولين ، وله فيها شبهة ملك في القول الثاني . فإن قلنا بأحد الوجهين - لو كان الولد مملوكاً كان للموقوف عليه - لم يجب عليه دفع قيمته . وإن قلنا : إن الولد يكون وقفاً كأمه . . بني على الطريقين في العين الموقوفة إذا أتلّفها أجنبي ، فإن قلنا : تؤخذ منه القيمة وتسلم إلى الموقوف عليه . . لم يجب على الموقوف عليه شيء . وإن قلنا : يشتري بها مثلها . . أخذت منه قيمة الولد ، وأشترى بها مثله .

وهل تصير أمّ ولدٍ للموقوف عليه ؟

إن قلنا إن الملك فيها ينتقل إلى الله تعالى . . لم تصير أمّ ولدٍ له .

وإن قلنا : إن الملك أنتقل إلى الموقوف عليه . . صارت أمّ ولدٍ له . فإن مات وهي باقية . . عتقت بموته وأخذت قيمتها من تركته ، وكان الحكم فيها كما لو أتلّفها أجنبي على الطريقين : منهم من قال :

(١) في (م) : (رقبته) .

إِنْ قُلْنَا : إِنَّ الْمَلِكَ يَنْتَقِلُ إِلَى اللَّهِ تَعَالَى . . أَشْتَرَى بِالْقِيَمَةِ مِثْلَ الْجَارِيَةِ ، وَتَكُونُ وَقْفًا مَكَانَهَا .

وَإِنْ قُلْنَا : إِنَّ الْمَلِكَ أُنْتَقَلَ إِلَى الْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ . . صُرِفَتِ الْقِيَمَةُ هَاهُنَا إِلَى أَهْلِ الْبَطْنِ الثَّانِي بَعْدَهُ .

وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ : يُشْتَرَى بِهَا مِثْلُ الْجَارِيَةِ عَلَى الْقَوْلَيْنِ .

فِرْعُ : [جناية العبد الموقوف] :

وَإِنْ جَنَى الْعَبْدُ الْمَوْقُوفُ عَلَى غَيْرِهِ :

فَإِنْ كَانَتْ جِنَايَتُهُ تُوجِبُ - وَأَخْتَارَ الْمَجْنِيُّ عَلَيْهِ - الْقِصَاصَ فَأَقْتَصَرَ مِنْهُ . . فَلَإِذَا كَلَامٌ ، فَإِنْ كَانَ عَلَى النَّفْسِ قَتْلَهُ . . بَطَلَ الْوَقْفُ ، كَمَا لَوْ مَاتَ . وَإِنْ كَانَتْ فِيمَا دُونَ النَّفْسِ . . بَقِيَ الْوَقْفُ فِيمَا بَقِيَ مِنْهُ .

وَإِنْ كَانَتْ الْجِنَايَةُ خَطَأً ، أَوْ عَمْدًا ، فَعُفِيَ عَنْهُ عَلَى مَالٍ . . وَجَبَ الْأَرْضُ ، وَلَا يَجُوزُ بَيْعُهُ ؛ لِأَنَّ الْوَقْفَ لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ .

فَإِنْ قُلْنَا : إِنَّ مَلِكَ الْوَاقِفِ لَمْ يَزَلْ عَنْهُ . . وَجَبَ عَلَيْهِ أَرْضُ جِنَايَتِهِ .

وَإِنْ قُلْنَا : إِنَّ مَلِكَ الْوَقِفِ لِلْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ . . وَجَبَ أَرْضُ الْجِنَايَةِ عَلَيْهِ ، بِالْغَةِ مَا بَلَغَتْ حَتَّى لَوْ جَنَى جِنَايَاتٍ كَثِيرَةً . . وَجَبَ عَلَيْهِ أَرْضُهَا .

قَالَ أَبُو الصَّبَّاحِ : وَهَذَا يَدُلُّ عَلَى ضَعْفِ هَذَا الْقَوْلِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ أَنْ يَجِبَ عَلَيْهِ أَرْضُ جِنَايَةِ غَيْرِهِ عَلَى وَجْهِ يُجَحِّفُ<sup>(١)</sup> بِهِ .

وَإِنْ قُلْنَا : إِنَّ الْمَلِكَ فِيهِ يَنْتَقِلُ إِلَى اللَّهِ تَعَالَى . . فَفِيهِ ثَلَاثَةُ أَوْجِهٍ :

أَحَدُهَا - وَهُوَ قَوْلُ أَبِي إِسْحَاقَ - : أَنَّهَا تَجِبُ عَلَى الْوَاقِفِ ؛ لِأَنَّهُ مُنِعَ مِنْ بَيْعِهِ بِسَبَبِ لَمْ يَبْلُغْ بِهِ حَالَةَ يَتَعَلَّقُ الْأَرْضُ بِذِمَّتِهِ ، فَلَزِمَهُ الْأَرْضُ ، كَأَمِّ الْوَلَدِ .

وَالثَّانِي : تَجِبُ فِي بَيْتِ الْمَالِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُ إِجْبَابُ الْأَرْضِ عَلَى الْوَاقِفِ ؛ لِأَنَّ

(١) يُجَحِّفُ ، يُقَالُ : أَجَحَّفُ بِهِ : ذَهَبَ بِهِ ، وَاشْتَدَّ فِي الْإِضْرَارِ بِهِ ، وَكَلَّفَهُ مَا لَا يَطِيقُ .



مِلْكُهُ قَدْ زَالَ عَنْهُ . وَلَا عَلَى الْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُهُ ، فَلَمْ يَبْقَ إِلَّا بَيْتُ الْمَالِ .  
وَالثَّلَاثُ : يَجِبُ فِي كَسْبِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُ إِجْبَاؤُهُ عَلَى الْوَاقِفِ ، وَلَا عَلَى الْمَوْقُوفِ  
عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُمَا لَا يَمْلِكَانِهِ ، وَلَا فِي رَقَبَتِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُ بَيْعُهَا ، فَوَجِبَ ذَلِكَ فِي  
كَسْبِهِ . فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ كَسْبٌ . . كَانَتْ عَلَى الْوَجْهَيْنِ الْأَوَّلَيْنِ .

مَسْأَلَةٌ : [تعلیق الوقف على شرط مستقبل] :

وَلَا يَصَحُّ تَعْلِيقُ أَصْلِ الْوَقْفِ بِشَرَطٍ مُسْتَقْبَلٍ ، مِثْلُ أَنْ يَقُولَ : إِذَا جَاءَ رَأْسُ  
الشَّهْرِ . . فَقَدْ وَقَفْتُ دَارِي هَذِهِ عَلَى الْمَسَاكِينِ ؛ لِأَنَّ هَذَا تَصَرُّفٌ لَمْ يُبَيَّنْ عَلَى التَّغْلِيْبِ ،  
فَلَا يَصَحُّ تَعْلِيْقُهُ عَلَى شَرَطٍ ، كَالْبَيْعِ وَالْهَبَةِ .

وَلَا يَصَحُّ الْوَقْفُ بِشَرَطِ الْخِيَارِ ، وَلَا بِشَرَطِ أَنْ يَبِيعَهُ مَتَى شَاءَ ، وَلَا بِشَرَطِ أَنْ يُدْخَلَ  
فِيهِ مَنْ شَاءَ ، أَوْ يُخْرَجَ مِنْهُ مَنْ شَاءَ .

وَقَالَ أَبُو يَوْسُفَ : يَصَحُّ بِشَرَطِ الْخِيَارِ ، وَبِشَرَطِ أَنْ يَبِيعَهُ مَتَى شَاءَ ، فِي إِحْدَى  
الرَّوَايَتَيْنِ .

دَلِيلُنَا : أَنَّ هَذَا شَرَطٌ يَنَافِي مَقْتَضَاهُ ، فَلَمْ يَصَحَّ ، كَمَا لَوْ أَعْتَقَ عَبْدًا وَشَرَطَ شَيْئًا مِنْ  
هَذِهِ الشُّرُوطِ .

وَأَمَّا صَرَفُ غَلَّةِ الْوَقْفِ : قَالَ الشَّافِعِيُّ : ( فَهِيَ عَلَى مَا شَرَطَ الْوَاقِفُ مِنَ الْأَثَرِ ،  
وَالْتَقْدِيمَةِ ، وَالتَّسْوِيَةِ بَيْنَ أَهْلِ الْغِنَى وَالْحَاجَةِ ، وَمِنْ إِخْرَاجِ مَنْ أَخْرَجَ مِنْهَا بِصَفَةٍ ، وَرَدِّهِ  
إِلَيْهَا بِصَفَةٍ ) .

قَالَ أَصْحَابُنَا : فـ ( الْأَثَرُ ) : أَنْ يَخْصَّ قَوْمًا دُونَ قَوْمٍ ، مِثْلُ : أَنْ يَقِفَ عَلَى  
أَوْلَادِهِ ، عَلَى أَنْ يَخْصَّ الذَّكَورَ دُونَ الْإِنَاثِ ، أَوْ الْإِنَاثَ دُونَ الذَّكَورِ .

وَأَمَّا ( التَّقْدِيمَةُ ) : فَإِنَّهُ يَقْدِّمُ قَوْمًا عَلَى قَوْمٍ ، وَذَلِكَ يَحْصُلُ مِنْ وَجْهَيْنِ :  
أَحَدُهُمَا : أَنْ يَفَاضَلَ بَيْنَهُمْ ، مِثْلُ : أَنْ يَقُولَ وَقَفْتُ عَلَى أَوْلَادِي لِلذَّكَرِ مِثْلُ حِظِّ  
الْأُنْثِيَيْنِ ، أَوْ عَلَى أَنْ لِلْأُنْثَى الثَّلَاثِينَ وَلِلذَّكَرِ الثَّلَاثَ .

وَالثَّانِي : أَنْ يَقُولَ : عَلَى أَنَّ الْبَطْنَ الْأَعْلَى يَقْدِّمُ عَلَى الْبَطْنِ الثَّانِي .

وَأَمَّا ( التَّسْوِيَةُ ) : فَمِثْلُ أَنْ يَقُولَ : عَلَى أَنْ يُسَوَّى بَيْنَ الْغَنِيِّ وَالْفَقِيرِ مِنْهُمْ ، أَوْ بَيْنَ الذَّكَورِ وَالْإِنَاثِ . وَالْإِطْلَاقُ يَقْتَضِي ذَلِكَ وَشُرْطُ تَأْكِيداً .

وَأَمَّا ( إِخْرَاجُ مَنْ أَخْرَجَ بِصِفَةٍ ) : فَمِثْلُ أَنْ يَقُولَ : وَقَفْتُ عَلَى أَوْلَادِي عَلَى أَنْ مَنْ تَزَوَّجَ مِنْ بَنَاتِي . . فَلَاحِقٌ لَهَا فِيهِ . وَعَلَى أَنْ مَنْ أَسْتَغْنَى مِنْ أَوْلَادِي . . فَلَاحِقٌ لَهُ فِيهِ .

وَأَمَّا ( رُدُّهُ إِلَيْهَا بِصِفَةٍ ) : فَمِثْلُ أَنْ يَقُولَ : عَلَى أَنْ مَنْ تَزَوَّجَ مِنْ بَنَاتِي . . فَلَاحِقٌ لَهَا فِيهِ ، فَإِنْ طَلَّقَهَا زَوْجُهَا ، أَوْ مَاتَ عَنْهَا . . عَادَتْ إِلَى الْوَقْفِ .

فَكُلُّ هَذَا وَمَا أَشْبَهُهُ جَائِزٌ ، وَيُحْمَلُ عَلَى مَا شَرَطَهُ الْوَاقِفُ .

فَإِنْ قِيلَ : فَهَذَا وَقْفٌ مَعْلَقٌ عَلَى شَرْطٍ ، وَالْوَقْفُ الْمَعْلَقُ عَلَى شَرْطٍ لَا يَصِحُّ ؟

فَالْجَوَابُ : أَنَّ هَذَا لَيْسَ بِوَقْفٍ مَعْلَقٍ عَلَى شَرْطٍ ؛ لِأَنَّ الْوَقْفَ الْمَعْلَقَ عَلَى الشَّرْطِ هُوَ : أَنْ يَعْلَقَ أَصْلَ الْوَقْفِ عَلَى الشَّرْطِ ، مِثْلَ أَنْ يَقُولَ : إِذَا جَاءَ رَأْسُ الشَّهْرِ . . فَقَدْ وَقَفْتُ دَارِي . وَأَمَّا هَذَا : فَهُوَ وَقْفٌ مَنْجَزٌ فِي الْحَالِ ، وَإِنَّمَا الْاسْتِحْقَاقُ مَعْلَقٌ بِشَرْطٍ ، كَمَا قُلْنَا فِي الْوَكَالَةِ لَوْ قَالَ : إِذَا جَاءَ رَأْسُ الشَّهْرِ . . فَقَدْ وَكَّلْتُكَ ، فَلَا يَصِحُّ . وَلَوْ قَالَ : وَكَّلْتُكَ وَلَا تَتَصَرَّفْ إِلَّا أَوَّلَ الشَّهْرِ . . صَحَّ .

فَرَعٌ : [وقف شيئاً على جماعة فقراء] :

إِذَا وَقَفَ شَيْئاً عَلَى فَقَرَاءِ بَنِي فَلَانٍ : فَمَنْ جَاءَ مِنْهُمْ وَأَدَّعَى أَنَّهُ فَقِيرٌ . . أُعْطِيَ ، وَلَمْ يَكْلَفْ إِقَامَةَ الْبَيِّنَةِ عَلَى فَتْرِهِ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ فِي النَّاسِ الْفَقْرُ .

وَلَوْ قَالَ عَلَى الْأَغْنِيَاءِ مِنْهُمْ : فَمَنْ أَدَّعَى الْغِنَى مِنْهُمْ لِيَأْخُذَ . . كُلفَ إِقَامَةُ الْبَيِّنَةِ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ الْغِنَى .

فَرَعٌ : [وقف على رجل دابة للركوب دون نتائجها] :

قَالَ الْمَسْعُودِيُّ [في « الإبانة » ق/ ٣٥٢] : إِذَا وَقَفَ دَابَّةً عَلَى رَجُلٍ لِلرَّكُوبِ ، وَلَمْ يَجْعَلْ لَهُ دَرَّهَا وَوَبَرَّهَا . فَلِلْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ الرُّكُوبُ ، وَلَيْسَ لَهُ الدَّرُّ وَالْوَبَرُّ ، وَكَانَ الْحَكْمُ فِي الدَّرِّ وَالْوَبَرِ حَكْمَ مَنْ وَقَفَ شَيْئاً عَلَى زَيْدٍ ، وَسَكَتَ عَمَّنْ يُصْرَفُ إِلَيْهِ بَعْدَهُ .

فرعٌ : [الوقف في سبيل الله للغزاة] :

وإن وقف شيئاً في سبيل الله . . كان ذلك وقفاً على الغزاة عند نشاطهم دون المرتبين في ديوان الإمام<sup>(١)</sup> .

وقال أحمدُ : ( الحج من سبيل الله ) وتعلق بحديث أم معقل .

دليلنا : أن مطلق كلام الآدمي محمول على المعهود في الشرع ، وقد ثبت أن سهم سبيل الله في الصدقات مصروف إليهم ، فكذلك الوقف المطلق .

وأما الخبرُ : فيحتمل أن في كلام الواقف ما دل أنه أراد سبيل الثواب .

وإن وقف شيئاً في سبيل الثواب . . صرف ذلك إلى أهله وقرابته ؛ لأنهم أعظم جهات الثواب ، ولهذا قال ﷺ : « صدقتك على غير ذي رحمتك صدقة . وصدقتك على ذي رحمتك صدقة وصلة » .

وإن وقف شيئاً على سبيل الخير . . صرف ذلك إلى من يستحق الزكاة لحاجته إليها ، وهم الفقراء ، والمساكين ، وفي الرقاب ، والغارمون - لمصلحتهم - وأبن السبيل .

فرعٌ : [الوقف على وجوه البر] :

وإن وقف شيئاً على وجوه البر . . صرف ذلك إلى من أختاره الناظر من الفقراء والمساكين والمساجد والقناطر وسائر مصالح المسلمين .

وقال بعض أهل العلم : يصرف إلى من يستحق الزكاة سوى العاملين عليها . وليس بشيء ؛ لأن ذلك يعم جميع مصالح المسلمين .

فرعٌ : [الوقف على العلماء] :

قال الصيمري : وإن قال : وقفت هذا على العلماء . . صرف ذلك إلى كل عالم بأصول الشريعة وفروعها ، ولا يُصرف إلا إلى من يكمل لهما .

(١) أي : الذين لهم جراية وراتب شهري .

وإن قال : وَقَفْتُ عَلَى الْفُقَهَاءِ . . صُرِفَ إِلَى أَهْلِ الْفُرُوعِ .  
وإن قال : عَلَى الثُّحَاةِ . . لَمْ يُصْرَفْ إِلَى أَهْلِ اللُّغَةِ .

فرعٌ : [وقف ضيعة لحقوق وتبعات] :

قال أبو العباس : وإن وَقَفَ ضِيْعَةٌ ، وقال : يَكُونُ الْإِنْتِفَاعُ<sup>(١)</sup> مُنْصَرَفًا إِلَى عِمَارَتِهَا وَحَقِّ السُّلْطَانِ ، وما فَضَلَ بَعْدَ ذَلِكَ فِي تَبْعَاتِي فِي الزَّكَاةِ وَالْكَفَّارَاتِ . . صَحَّ الْوَقْفُ ، وَصُرِفَتِ الْغَلَّةُ إِلَى الْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّهُ أَخْرَجَ زَكَاتَهُ وَكَفَّارَتَهُ ، وَإِنَّمَا خَافَ النِّقْصَ ، فَيَكُونُ هَذَا تَطَوُّعًا مِنْهُ .

مسألةٌ : [الوقف على الأولاد يدخل الجميع] :

وإن وَقَفَ عَلَى أَوْلَادِهِ . . دَخَلَ فِيهِ أَوْلَادُهُ مِنْ صُلْبِهِ ، الذَّكَوْرُ وَالْإِنَاثُ وَالْخُنَاثُ ؛ لِأَنَّ الْجَمِيعَ وَلَدُهُ ، وَلَا يَدْخُلُ أَوْلَادُ الْبَنِينَ ، وَلَا أَوْلَادُ الْبَنَاتِ ؛ لِأَنَّ وَلَدَهُ حَقِيقَةٌ هُوَ وَلَدُهُ مِنْ صُلْبِهِ .

وإن كَانَ لَهُ حَمْلٌ . . اسْتَحَقَّ مِنَ الْغَلَّةِ الْحَادِثَةِ بَعْدَ أَنْفِصَالِهِ ، دُونَ الْحَادِثَةِ قَبْلَ أَنْفِصَالِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُسَمَّى وَلَدًا إِلَّا بَعْدَ الْإِنْفِصَالِ .

وإن كَانَ لَهُ وَلَدٌ فَنَفَاهُ بِاللُّعَانِ . . لَمْ يَدْخُلْ فِيهِ .

وقال أبو إسحاق : يَدْخُلُ فِيهِ . وَهَذَا خَطَأٌ ؛ لِأَنَّهُ بِالنَّفْيِ خَرَجَ عَنْ أَنْ يَكُونَ وَلَدَهُ .

فرعٌ : [الوقف على أولاد أولاده] :

وإن وَقَفَ عَلَى أَوْلَادِ أَوْلَادِهِ . . دَخَلَ فِيهِ أَوْلَادُ الْبَنِينَ ، وَأَوْلَادُ الْبَنَاتِ الذَّكَوْرُ وَالْإِنَاثُ وَالْخُنَاثُ .

(١) الانتفاع : الربح ، وما ينتج منها .

وروي : أَنَّ رجلاً هاشمياً بـ البصرة وَقَفَ عَلَى أَوْلَادِهِ وَأَوْلَادِ أَوْلَادِهِ ، وَكَانَ لَهُ ابْنُ بِنْتٍ ، يُقَالُ لَهُ : ابْنُ عَائِشَةَ مِنْ أَصْحَابِ الْحَدِيثِ ، وَكَانَ يَأْخُذُ مِنَ الْوَقْفِ ، فَلَمَّا وَلِيَ عَيْسَى بْنُ أَبَانَ الْقَضَاءَ بـ البصرة أَسْقَطَهُ مِنَ الْوَقْفِ .

وَاخْتَلَفَ أَصْحَابُ أَبِي حَنِيفَةَ فِيمَا فَعَلَهُ عَيْسَى بْنُ أَبَانَ ، فَقَالَ بَعْضُهُمْ : تَحَامَلَ عَلَيْهِ ؛ لَكُونَهُ مِنْ أَصْحَابِ الْحَدِيثِ . فَبَلَغَ ذَلِكَ أَبَا حَازِمٍ - وَكَانَ قَاضِياً بِبَغْدَادَ - فَقَالَ : مَا تَحَامَلَ عَلَيْهِ ، وَإِنَّمَا هُوَ مَذْهَبُ مُحَمَّدٍ بْنِ الْحَسَنِ ؛ لِأَنَّهُ قَالَ : لَوْ قَالَ الْإِمَامُ لِمَشْرِكٍ : أَمْنْتُكَ وَأَوْلَادَكَ وَأَوْلَادَ أَوْلَادِكَ . . لَمْ يَدْخُلْ أَوْلَادُ الْبَنَاتِ فِي الْأَمَانِ ؛ لِأَنَّهُمْ لَا يَدْخُلُونَ فِي إِطْلَاقِ أَسْمِ أَوْلَادِ الْأَوْلَادِ . وَلِهَذَا قَالَ الشَّاعِرُ :

بُنُونَا بَنُو أَبْنَائِنَا ، وَبَنَاتِنَا بَنُوهُنَّ أَبْنَاءُ الرِّجَالِ الْأَبَاعِدِ<sup>(١)</sup>

دَلِيلُنَا : أَنَّهُ لَوْ قَالَ : وَقَفْتُ عَلَى أَوْلَادِي لَدَخَلَ فِيهِ الذَّكَورُ وَالْإِنَاثُ مِنْ وَلَدِ صُلْبِهِ . فَإِذَا قَالَ : عَلَى أَوْلَادِ أَوْلَادِي . . دَخَلَ فِيهِ أَوْلَادُ بَنَاتِهِ .

وَأَمَّا الْبَيْتُ : فَإِنَّمَا أَرَادَ أَنَّ أَوْلَادَ أَوْلَادِهِ الَّذِينَ يَنْسَبُونَ إِلَيْهِ ، هُمْ أَوْلَادُ بَنِيهِ ، دُونَ أَوْلَادِ بَنَاتِهِ .

إِذَا ثَبَتَ هَذَا : فَإِنْ قَالَ : وَقَفْتُ هَذَا عَلَى أَوْلَادِ أَوْلَادِي الَّذِينَ يَنْسَبُونَ إِلَيَّ . . دَخَلَ فِيهِ أَوْلَادُ أَبْنَائِهِ دُونَ أَوْلَادِ بَنَاتِهِ ؛ لِأَنَّ أَوْلَادَ بَنَاتِهِ لَا يُنْسَبُونَ إِلَيْهِ .

وَإِنْ قَالَ هَاشِمِيٌّ : وَقَفْتُ هَذَا عَلَى أَوْلَادِي وَأَوْلَادِ أَوْلَادِي الْهَاشِمِيِّينَ . . دَخَلَ فِيهِ أَوْلَادُهُ الذَّكَورُ وَالْإِنَاثُ ، وَأَوْلَادُ أَبْنَائِهِ ؛ لِأَنَّهُمْ هَاشِمِيُّونَ .

وَأَمَّا أَوْلَادُ بَنَاتِهِ : فَمَنْ تَزَوَّجَتْ مِنْهُنَّ بِهَاشِمِيٍّ فَأَوْلَدَ مِنْهَا . . دَخَلَ فِيهِ ؛ لِأَنَّهُ هَاشِمِيٌّ . وَمَنْ تَزَوَّجَتْ بِعَامِيٍّ فَأَوْلَدَ مِنْهَا . . لَمْ يَدْخُلْ فِي الْوَقْفِ ؛ لِأَنَّهُ عَامِيٌّ ، وَلَيْسَ بِهَاشِمِيٍّ .

(١) البيت مشهور من بحر الطويل .



فرعٌ : [الوقف على النسل] :

وإن وقفَ على عَقْبِهِ ، أو نَسْلِهِ ، أو ذُرِّيَّتِهِ . . دَخَلَ فِيهِ أَوْلَادُ صُلْبِهِ الذَّكَوْرُ وَالْإِنَاثُ وَالْخُنَاثُ . ويدخلُ فِيهِ أَوْلَادُ أَبْنَائِهِ ، وأَوْلَادُ بَنَاتِهِ مَنْ قَرُبَ مِنْهُمْ ، وَمَنْ بَعُدَ ؛ لِأَنَّ الْجَمِيعَ عَقْبُهُ وَنَسْلُهُ وَذُرِّيَّتُهُ ، وَلِهَذَا قَالَ اللَّهُ تَعَالَى : ﴿ وَمِنْ ذُرِّيَّتِهِ دَاوُدَ وَسُلَيْمَانَ ﴾ الآية [الأنعام : ٨٤] فَنَسَبَ الْجَمِيعَ إِلَى إِبْرَاهِيمَ عَلَيْهِ السَّلَامُ عَلَى الْبُعْدِ مِنْهُ ، وَنَسَبَ عِيسَى إِلَيْهِ ، وَهُوَ مِنْ أَوْلَادِ الْبَنَاتِ .

وإن قالَ : وَقَفْتُ عَلَى عَشِيرَتِي . فَإِنْ كَانَ لَهُ عَشِيرَةٌ يُحْصِي عَدْدَهُمْ - وَهِيَ : قَبِيلَةٌ الرَّجُلِ الَّتِي يَنْسَبُ إِلَيْهَا - صَحَّ الْوَقْفُ وَصُرِفَ ذَلِكَ إِلَى جَمِيعِهِمْ . وَإِنْ كَانَ عَدْدُهُمْ لَا يُحْصَى - كَبَنِي تَمِيمٍ وَطِيٍّ - فَفِيهِ قَوْلَانِ :

أَحَدُهُمَا : لَا يَصَحُّ الْوَقْفُ ؛ لِأَنَّهُ عَيْنَ الْمَوْقُوفِ عَلَيْهِمْ ، وَلَا يُمْكِنُ تَعْمِيمُهُمْ بِالِانْتِفَاعِ بِهِ ، فَلَمْ يَصَحَّ ، كَمَا لَوْ وَقَفَ عَلَى قَوْمٍ .

وَالثَّانِي : يَصَحُّ ، وَيُعْطَى ثَلَاثَةُ مَمَّنْ يَخْتَارُهُ النَّازِرُ مِنْهُمْ ، وَهُوَ الصَّحِيحُ ؛ لِأَنَّ كُلَّ مَنْ صَحَّ الْوَقْفُ عَلَيْهِ إِذَا كَانَ عَدْدُهُمْ مُحْصُورًا . . صَحَّ ، وَإِنْ كَانَ عَدْدُهُمْ غَيْرَ مُحْصُورٍ ، كَالْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ .

وإن وقفَ على عِترَتِهِ<sup>(١)</sup> . . فَقَدْ قَالَ ابْنُ الْأَعْرَابِيِّ وَثَعْلَبُ : هُمْ ذُرِّيَّتُهُ . وَقَالَ ابْنُ قَتِيبَةَ : هُمْ عَشِيرَتُهُ .

فرعٌ : [الوقف على جنس من الأولاد] :

وإن وقفَ على الْبَنِينَ مِنْ أَوْلَادِهِ . . لَمْ يَدْخُلْ فِيهِ الْإِنَاثُ وَلَا الْخُنَاثُ . وَإِنْ وَقَفَ عَلَى الْإِنَاثِ مِنْ أَوْلَادِهِ . . لَمْ يَدْخُلْ فِيهِ الذَّكَوْرُ وَلَا الْخُنَاثُ . وَإِنْ وَقَفَ عَلَى الْبَنِينَ وَالْبَنَاتِ مِنْ أَوْلَادِهِ . . فَهَلْ يَدْخُلُ مَعَهُمُ الْخُنَاثُ الْمَشْكِلُ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ ، حَكَاهُمَا الشَّيْخُ أَبُو إِسْحَاقَ :

(١) العترة : نسل الرجل ورهطه وعشيرته الأدنى .

أحدهما : لا يدخل ؛ لأنه ليس من البنين ولا من البنات .

والثاني : يدخل فيه ؛ لأنه لا يخلو أن يكون من أحدهما ، وهذا أصح .

وإن وقف على بني زيد . . لم يدخل فيه بناته . وإن وقف على بني تميم وقُلنا : يصح الوقف عليهم . . فهل يدخل الإناث منهم ؟ فيه وجهان :

أحدهما : لا يدخلن ؛ لأنَّ اسم البنين إنما ينصرف إلى الذكور . فعلى هذا : لا يدخل معهم الخنثى .

والثاني : يدخلن ؛ لأنه إذا أطلق اسم القبيلة . . دخل فيه الذكور والإناث . فعلى هذا : يدخل معهم الخنثى .

مسألة : [الوقف على أولاده وأولاد أولاده مرتباً ومشاركاً] :

وإذا وقف وقفاً على أولاده وأولاد أولاده : فلا يخلو : إمّا أن يكون الوقف مشتركاً ، أو مرتباً :

فإن كان مشتركاً ، وذلك بأن يقول : وقفتُ هذا على أولادي وأولاد أولادي ما تناسلوا وتعاقبوا ، فإن أنقضوا كان على الجامع ، أو على الفقراء والمساكين . . فإن الوقف على أولاده وأولاد أولاده يكون مشتركاً بين أهل البطن الأول ومن يحدث بعده ، فيشارك من يحدث من كان موجوداً في الغلة الحادثة بعد حدوث الولد ؛ لأنَّ الواو تقتضي الجمع والتشريك<sup>(١)</sup> ، فإن قال : يستوي الأعلى والأدنى . . كان ذلك تأكيداً ، فإذا أنقضت ذريته . . نقل إلى من بعدهم .

(١) فائدة الواو العاطفة : تكون للجمع بين المعطوف والمعطوف عليه في الحكم والإعراب جمعاً مطلقاً ، فلا تفيد ترتيباً ولا تعقيباً ، فإذا قلت : جاء هشام ومحمد فالمعنى أنهما اشتركا في حكم المجيء سواء أكان هشام قد جاء قبل محمد أم بالعكس أم جاءا معاً ، وسواء أكان هناك مهلة بين مجيئهما أم لم يكن . بدليل قوله تعالى : ﴿ فَكَيْفَ كَانَ عَذَابِي وَنُذْرِي ﴾ [القمر : ١٨] والندارة قبل العذاب ، وقوله تعالى : ﴿ إِذْ قَالَ اللَّهُ يَٰعِيسَى ابْنِي مُتَوَفِّيكَ وَرَافِعَكَ إِلَيَّ ﴾ [آل عمران : ٥٥] فإن وفاته عليه السلام لا تقع إلا بعد الرفع ، وبينهما زمن .

وإن كان الوقف مرتباً ، وذلك من وجهين :

أحدهما : أن يقول : وقفتُ هذا على أولادي ، وأولاد أولادي ما تناسلوا وتعاقبوا الأول فالأول ، أو الأدنى فالأدنى ، أو الأقرب فالأقرب ، أو الأعلى فالأعلى ، فإذا أنقرضوا فعلى الفقراء ، والمساكين . . أستحق أهل البطن الأعلى الوقف ، فإذا أنقرض أهل البطن الأعلى . . صُرف إلى أهل البطن الثاني . وعلى هذا : لا يستحق أهل بطن وهناك أحد من أهل البطن الذي فوقه ، فإذا أنقرضوا . . صُرف إلى الفقراء والمساكين .  
والثاني : أن يقول : وقفتُ هذا على أولادي ، فإذا أنقرضوا فعلى أولادهم<sup>(١)</sup> ، فإذا أنقرضوا فعلى أولادهم ، وعلى هذا أبداً .

أو يقول : وقفتُ هذا على أولادي<sup>(٢)</sup> ، ثم على أولادهم ، ثم على أولادهم ، وعلى هذا أبداً ، فإذا أنقرضوا فعلى الفقراء والمساكين . . صحَّ وكان مرتباً . ولكن لا بد أن يقول هاهنا : وعلى هذا أبداً ؛ لأنه ربما يحدث بطن آخر لم يذكره في قوله : فإذا أنقرضوا فعلى أولادهم ، أو في قوله : ثم على أولادهم . فإذا قال : وعلى هذا أبداً . . استغرق جميع من يحدث ، بخلاف القسم الأول ، حيث قال : ما تناسلوا وتعاقبوا ، فإن ذلك يُغني عن قوله : وعلى هذا أبداً .

فإن قال : وقفتُ هذا على ولدي ، وولد ولدي ، ثم على ولد ولدي . . فإن ولده وولد ولده يشتركان في الوقف ، فإذا أنقرضا . . كان للبطن الثالث .

وإن قال : وقفتُ هذا على ولدي ، ثم على ولد ولدي وولد ولدي . . فإن البطن الأول ينفرد بالوقف ، فإذا أنقرضوا<sup>(٣)</sup> . . أشرك البطن الثاني والثالث في الوقف ؛ لأنه رتب الأول وشرك بين الثاني والثالث .

فإن قال : وقفتُ هذا على أولادي ، ثم على أولادهم ، ثم على عقبهم ونسلهم ، ثم على الفقراء والمساكين :

(١) في ( م ) : ( أولاد أولادهم ) في الموضعين .

(٢) في هامش ( م ) : ( ولدي ) .

(٣) في ( م ) : ( انقرض ) .

قال الشافعي في « البويطي » : ( فَإِنَّ الْوَقْفَ يَكُونُ لِلْبَطْنِ الْأَوَّلِ - وَهُمْ : أَوْلَادُهُ مَا عَاشُوا - فَإِذَا أَنْقَرَضُوا . . كَانَ لِأَهْلِ الْبَطْنِ الثَّانِي لَا يُشَارِكُهُمْ فِيهِ أَهْلُ الْبَطْنِ الثَّالِثِ ، وَلَا مَنْ بَعْدَهُمْ . فَإِذَا أَنْقَرَضَ أَهْلُ الْبَطْنِ الثَّانِي . . كَانَ لِلْبَطْنِ الثَّالِثِ وَالرَّابِعِ وَمَنْ حَدَثَ مِنْ بَعْدِهِمْ ، يَشْتَرِكُونَ فِيهِ . فَإِذَا أَنْقَرَضَ نَسْلُهُ . . كَانَ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ ؛ لِأَنَّهُ رَتَّبَ الْوَقْفَ فِي الْبَطْنِ الْأَوَّلِ . وَفِي الثَّانِي : يَشْتَرِكُ<sup>(١)</sup> فِيمَنْ بَعْدَهُمْ مِنْ نَسْلِهِ ) .

فرعٌ : [وقف كيلاً ما على أولاد بناته والباقي للذكور] :

فإن قال : وَقَفْتُ نَخْلِي هَذِهِ عَلَى أَوْلَادِي ، عَلَى أَنَّ لِبَنَاتِي مِنْهُ مَكِيلَةً كَذَا ، وَيَكُونُ الْبَاقِي لِلذَّكَورِ . . صَحَّ ، وَكَانَ لِلْبَنَاتِ مَا شَرَطَهُ . فَإِنْ بَقِيَ شَيْءٌ . . اسْتَحَقَّهُ الذَّكَورُ ، وَإِنْ لَمْ يَبْقَ شَيْءٌ . . فَلَا شَيْءَ لَهُمْ .

وإن قال : وَقَفْتُ هَذَا عَلَى أَوْلَادِي ، فَإِذَا أَنْقَرَضُوا ، فَعَلَى أَوْلَادِهِمْ أَبَدًا مَا تَنَاسَلُوا ، فَمَنْ مَاتَ مِنْهُمْ وَكَانَ لَهُ وَلَدٌ ، كَانَ نَصِيبُهُ لَوَلَدِهِ ، وَمَنْ مَاتَ وَلَا وَلَدَ لَهُ ، كَانَ نَصِيبُهُ لِأَهْلِ الْوَقْفِ ، فَإِنْ كَانَ لِلْوَقْفِ ثَلَاثَةُ أَوْلَادٍ . . كَانَ الْوَقْفُ أَثْلَاثًا بَيْنَهُمْ ، فَإِنْ مَاتَ وَاحِدٌ مِنْهُمْ وَلَهُ وَلَدٌ . . كَانَ نَصِيبُ أَبِيهِ لَهُ ، فَإِنْ مَاتَ الثَّانِي بَعْدَهُ وَلَا وَلَدَ لَهُ . . رَجَعَ نَصِيبُهُ إِلَى أَخِيهِ وَأَبْنِ أَخِيهِ .

فرعٌ : [الوقف على أولاده ثم للفقراء بعدهم] :

فإن قال : وَقَفْتُ هَذَا عَلَى أَوْلَادِي ، فَإِذَا أَنْقَرَضُوا أَوْ أَنْقَرَضَ أَوْلَادُهُمْ فَعَلَى الْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ . . فَفِيهِ وَجْهَانِ :

أحدهما : أَنَّ أَوْلَادَ الْأَوْلَادِ يَسْتَحِقُّونَ الْوَقْفَ بَعْدَ أَنْقَرَاضِ الْأَوْلَادِ ؛ لِأَنَّهُمْ لَمَّا أُعْتَبِرَ أَنْقَرَاظُهُمْ لِاسْتِحْقَاقِ الْفُقَرَاءِ . . دَلَّ عَلَى اسْتِحْقَاقِهِمْ مِنَ الْوَقْفِ .

والثاني - وهو الصحيح - : أَنَّهُمْ لَا يَسْتَحِقُّونَ شَيْئًا ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَجْعَلْ لَهُمْ مِنَ الْوَقْفِ شَيْئًا ، وَإِنَّمَا شَرَطَ أَنْقَرَاظَهُمْ لِاسْتِحْقَاقِ غَيْرِهِمْ .

(١) في (م) : ( وشرك ) .

فعلى هذا : يكون الوقف منقطع الوسيط ، فيكون على قولين ، كالوقف المنقطع  
الانتهاء :

أحدهما : أنه باطل .

والثاني : أنه صحيح ، فيكون لأولاد الواقف . فإذا أنقضوا وهناك أولاد أولاد . .  
ففيه ثلاثة أوجه :

أحدها : أنه يصرف إلى الواقف إن كان حياً ، أو إلى وارثه إن كان ميتاً ، إلى أن  
ينقرض ولد الولد ، ثم يُصرف إلى الفقراء والمساكين .

والثاني : أن الوقف يُصرف إلى الفقراء والمساكين في الحال .

والثالث : أنه يكون لأقرباء الواقف إلى أن ينقرض ولد الولد . وقد مضى دليلها .

مسألة : [الوقف على الأقرباء يكون من طرفي الأبوين] :

وإن قال : وقفت هذا على قراباتي ، أو على أقربائي ، أو على ذوي رَحمي ، أو  
على أرحامي ، أو كان ذلك في الوصية . . صُرف ذلك إلى من يُعرف بقرابته من قبل  
الآباء والأمهات . فإن كان له جد يُعرف به عند عامة الناس . . صُرف إلى من يُنسب إلى  
ذلك الجد دون من يُنسب إلى أبي ذلك الجد ، ولا إلى من يُنسب إلى أخي ذلك الجد ،  
كالشافعي إذا وقف على قرابته ، فإنه يُصرف إلى من يُنسب إلى شافع بن السائب ، ولا  
يصرف إلى من يُنسب إلى عليّ وعبّاسِ ابني السائب ، ولا إلى من يُنسب إلى السائب بن  
عبيد .

ويدخل فيه بنات الواقف ، وأولاد بناته . ويدخل فيه أمهات الواقف ، وآباء  
أمهاته ، وأخواته ، وخالاته .

وقال أبو حنيفة : ( يدخل فيه كل ذي رحمٍ محرمٍ بالنسب ، مثل : الآباء  
والأمهات ، والبنين والبنات ، وأولادهم ، والإخوة والأخوات ، والأعمام والعَمَّاتِ  
دون بنيهم ) .

وقال مالك : ( يدخل فيه من يرث الواقف لا غير ) .



دليلنا : قوله تعالى : ﴿ وَأَعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَىٰ ﴾ [الأنفال : ٤١] .

وقوله تعالى : ﴿ مَا أَفَاءَ اللَّهُ عَلَىٰ رَسُولِهِ مِنْ أَهْلِ الْقُرَىٰ فَلِلَّهِ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَىٰ ﴾ [الحشر : ٧] ولنا منها ثلاثة أدلة :

أحدها : ( أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَعْطَىٰ مِنْ سَهْمِ ذَوِي الْقُرْبَىٰ بَنِي أَجْدَادِهِ - وَهُمْ : بَنُو هَاشِمٍ - وَبَنِي أَعْمَامِهِ - وَهُمْ : بَنُو الْمُطَّلِبِ - )<sup>(١)</sup> .

والثاني : أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ : لَمَّا أَعْطَىٰ بَنِي هَاشِمٍ وَبَنِي الْمُطَّلِبِ سَهْمَ ذَوِي الْقُرْبَىٰ . . . أَتَاهُ عَثْمَانُ بْنُ عَفَّانٍ - وَهُوَ : مِنْ وَلَدِ عَبْدِ شَمْسٍ بْنِ عَبْدِ مَنَافٍ - ، وَجُبَيْرُ بْنُ مُطْعِمٍ - وَهُوَ : مِنْ وَلَدِ نَوْفَلِ بْنِ عَبْدِ مَنَافٍ - وَقَالَا : أَمَّا بَنُو هَاشِمٍ فَلَا يُنْكِرُ فَضْلُهُمْ ؛ لِمَكَانِكَ الَّذِي وَضَعَكَ اللَّهُ فِيهِمْ ، فَمَا بَالُ بَنِي الْمُطَّلِبِ أَعْطِيَتْهُمْ وَحَرَمْتَنَا ، وَقَرَابَتَنَا وَقَرَابَتَهُمْ وَاحِدَةٌ ؟ ! فَقَالَ ﷺ : « إِنَّمَا بَنُو هَاشِمٍ ، وَبَنُو الْمُطَّلِبِ شَيْءٌ وَاحِدٌ - وَشَبَّكَ بَيْنَ أَصَابِعِهِ - إِنَّهُمْ مَا فَارَقُونَا فِي جَاهِلِيَّةٍ وَلَا إِسْلَامٍ »<sup>(٢)</sup> . فَأَقْرَهُمَا النَّبِيُّ ﷺ عَلَىٰ دَعَوَاهُمَا الْقَرَابَةَ ، وَلَكِنَّهُ أَخْبَرَ أَنَّ ذَلِكَ السَّهْمَ لَا يُسْتَحَقُّ بِالْقَرَابَةِ مُنْفَرَدَةً ، وَإِنَّمَا يُسْتَحَقُّ بِالْقَرَابَةِ وَالنُّصْرَةِ .

والثالث : ( أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ كَانَ يُعْطَىٰ مِنْ ذَلِكَ السَّهْمِ مَنْ كَانَ يَرِثُهُ ، وَمَنْ لَا يَرِثُهُ ، فَإِنَّهُ أَعْطَىٰ مِنْهُ الْعَمَّاتِ )<sup>(٣)</sup> .

وروي عن الزبير : أَنَّهُ قَالَ : ( كُنْتُ أَضْرِبُ فِي الْغَنَائِمِ بِأَرْبَعَةِ أَسْهُمٍ : سَهْمٍ لِي ، وَسَهْمَيْنِ لِفَرَسِي ، وَسَهْمٍ لَأُمِّي ) ، وَأُمُّهُ كَانَتْ : صَفِيَّةَ بِنْتَ عَبْدِ الْمُطَّلِبِ عَمَّةَ النَّبِيِّ ﷺ<sup>(٤)</sup> .

(١) سلف نحوه ، وسيليه أيضاً .

(٢) أخرجه بنحوه عن جُبَيْرِ بْنِ مُطْعِمٍ الشَّافِعِي فِي « تَرْتِيبِ الْمَسْنَدِ » ( ٤١١ / ٢ ) ، وَالبخاري ( ٤٢٢٩ ) فِي الْمَغَازِي ، وَأَبُو دَاوُدَ ( ٢٩٨٠ ) وَ ( ٢٩٨١ ) فِي الْخِرَاجِ ، وَالنَّسَائِي فِي « الصَّغَرَى » ( ٤١٣٦ ) فِي قِسْمِ الْفِيءِ ، وَابْنُ مَاجَهَ ( ٢٨٨١ ) فِي الْجِهَادِ ، وَأَبُو عُبَيْدٍ فِي الْأَمْوَالِ ( ٨٤٣ ) وَ ( ٨٤٤ ) وَ ( ٨٤٦ ) فِي سَهْمِ ذِي الْقُرْبَىٰ مِنَ الْخُمْسِ .

(٣) يدل عليه الحديث الآتي .

(٤) أخرج خبر الزبير عن يحيى بن عباد الشافعي في « ترتيب المسند » ( ٤١٠ / ٢ ) في الجهاد =

وروي : أَنَّهُ لَمَّا نَزَلَ قَوْلُهُ تَعَالَى : ﴿ وَأَنْذِرْ عَشِيرَتَكَ الْأَقْرَبِينَ ﴾ [الشعراء : ٢١٤] جَمَعَ النَّبِيُّ ﷺ عَشِيرَتَهُ وَقَالَ : « يَا بَنِي هَاشِمٍ ، يَا بَنِي عَبْدِ الْمُطَّلِبِ ، يَا بَنِي عَبْدِ مَنَافٍ ، يَا عَبَّاسَ ، يَا فَاطِمَةَ بِنْتَ مُحَمَّدٍ ، إِنِّي لَا أُغْنِي عَنْكُمْ مِنْ اللَّهِ شَيْئاً » فَعِنْدَهَا قَالَ أَبُو لَهَبٍ : أَلْهَذَا جَمَعْتَنَا ! ؟ تَبَّأَ لَكَ ، فَنَزَلَ قَوْلُهُ تَعَالَى : ﴿ تَبَّتْ يَدَا أَبِي لَهَبٍ وَتَبَّ ﴾ <sup>(١)</sup> [المسد : ١] .

إِذَا ثَبَتَ هَذَا : فَإِنَّهُ يُصْرَفُ إِلَى غَنِيِّ قَرَابَتِهِ وَفَقِيرِهِمْ ، وَذَكَرِهِمْ وَأَنْثَاهُمْ ، وَيُسَوَّى بَيْنَ الذَّكَرِ وَالْأُنْثَى ، كَمَا لَوْ وَهَبَ لِرَجُلٍ وَأَمْرَأَةٍ شَيْئاً .

فَإِنْ حَدَثَ لَهُ قَرِيبٌ بَعْدَ الْوَقْفِ . . دَخَلَ فِي الْوَقْفِ . وَقَالَ فِي « الْبُيُوطِيِّ » : ( لَا يَدْخُلُ فِي الْوَقْفِ ) وَهَذَا غَيْرُ صَحِيحٍ ؛ لِأَنَّ أَسْمَ الْقَرَابَةِ يَتَنَاوَلُهُ ، فَدَخَلَ فِيهِ ، كَمَا لَوْ قَالَ : وَقَفْتُ هَذَا عَلَى أَوْلَادِي . . فَإِنَّهُ يَدْخُلُ فِيهِ مَنْ يَحْدُثُ مِنْ أَوْلَادِهِ بَعْدَ الْوَقْفِ . هَذَا نَقْلُ أَصْحَابِنَا الْبَغْدَادِيِّينَ .

وَقَالَ الْمَسْعُودِيُّ [فِي « الْإِبَانَةِ » ق/٤٠٩ - ٤١٠] : إِذَا أَوْصَى لِلْقَرَابَةِ ، فَهَلْ تَقَدَّمَ قَرَابَةُ الْأَبِ عَلَى قَرَابَةِ الْأُمِّ ؟ يَنْظُرُ فِيهِ :

= و« الأم » ( ٦٧/٤ ) كيف تفرق القسم ، وابن أبي شيبة في « المصنف » ( ٦٦٢/٧ ) في الجهاد ، باب : الفارس كم بقسم له ، والبيهقي في « السنن الكبرى » ( ٥٢/٩ ) في السير ، باب : سهمان للخيال ، وقال : يحيى بن عباد فيه مرسل ، وقد وصله سعيد بن عبد الرحمن ومحاضر بن مورع عن هشام بن عروة عن يحيى بن عباد عن عبد الله بن الزبير .  
(١) أخرجه عن الصديقة بنت الصديق - بألفاظ متفاوتة في ذكر المناسبة ومختصراً - مسلم ( ٢٠٥ ) في الإيمان ، والترمذي ( ٢٣١١ ) في الزهد و ( ٣١٨٣ ) في التفسير ، والنسائي في « الصغرى » ( ٣٦٤٨ ) في الوصايا . وفي الباب أيضاً :  
رواه عن أبي هريرة البخاري ( ٤٧٧١ ) في التفسير ، ومسلم ( ٢٠٤ ) و ( ٢٠٦ ) في الإيمان ، والترمذي ( ٣١٨٤ ) في التفسير ، والنسائي في « المجتبى » ( ٣٦٤٦ ) و ( ٣٦٤٧ ) و « التفسير » ( ٣٩٧ ) .

ورواه عن قبيصة بن المخارق وزهير بن عمرو مسلم ( ٢٠٧ ) في الإيمان .  
وأخرجه عن ابن عباس بنحوه وبتمام القصة البخاري ( ٤٧٧٠ ) و ( ٤٩٧٢ ) في التفسير ، ومسلم ( ٢٠٨ ) في الإيمان ، وفيه : « يا صباحاه » و « أرأيتم لو أخبرتكم أن خيلاً بالوادي تريد أن تغير عليكم أكنتم مصدقي ؟ قالوا : نعم ، ما جربنا عليك إلا صدقاً » . التب والتباب : الاستمرار في الخسران .

فَإِنْ كَانَ الْمُوصِي مِنَ الْعَجَمِ . . . فَلَا تَقْدَمُ قَرَابَةُ الْأَبِ عَلَى الْأُخْرَى ، بَلْ يُصَرَفُ ذَلِكَ إِلَى أَقَارِبِهِ مِنْ جَانِبِ الْأَبِ وَالْأُمِّ .

وَإِنْ كَانَ مِنَ الْعَرَبِ . . . فَإِنَّمَا هُوَ لِقَرَابَتِهِ مِنْ قَبْلِ أَبِيهِ ، فَيُدْفَعُ إِلَى الْبَطْنِ الَّذِي يَنْتَمِي إِلَيْهِ ؛ لِأَنَّ الْعَجَمَ لَا تَعْرِفُ الْقَبَائِلَ<sup>(١)</sup> ، وَالْبَطُونَ ، فَعِنْدَهُمُ الرَّجُلُ إِذَا سَمِيَ قَرَابَتَهُ فَإِنَّمَا يَرِيدُ بِهِ قَرَابَتَهُ مِنْ جِهَةِ آبَائِهِ وَأُمَّهَاتِهِ ، وَالْعَرَبُ تُعْرِفُ الْقَبَائِلَ وَالْبَطُونَ بَيْنَهُمْ ، فَلَا يُنْسَبُ الرَّجُلُ إِلَى قَرَابَةِ أُمِّهِ أَلْبَتَّةَ .

فِرْعُ : [الوقف على أقرب الناس رحماً] :

وَإِنْ وَقَفَ عَلَى أَقْرَبِ النَّاسِ إِلَيْهِ ، أَوْ أَقْرَبِهِمْ رَحْمًا بِهِ ، أَوْ أَمْسَهُمْ رَحْمًا بِهِ ، أَوْ أَوْصَى لَهُ . . . فَإِنَّهُ يُصَرَفُ إِلَى أَقْرَبِ النَّاسِ إِلَيْهِ مِنَ الرِّجَالِ وَالنِّسَاءِ ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَالِدَانِ . . . صُرِفَ إِلَى أَوْلَادِهِ الذَّكَورِ وَالْإِنَاثِ ، وَيُسَوَّى بَيْنَهُمْ ، ثُمَّ إِلَى أَوْلَادِهِمْ ، ثُمَّ إِلَى أَوْلَادِ أَوْلَادِهِمْ ، فَإِنْ كَانَ لَهُ ابْنُ ابْنِ ابْنٍ ، وَأَبْنَةُ بِنْتٍ . . . صُرِفَ إِلَى ابْنَةِ الْبِنْتِ ؛ لِأَنَّهَا أَقْرَبُ مِنْ ابْنِ ابْنِ الْإِبْنِ . فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَلَدٌ ، وَلَا وَلَدٌ وَلَدٍ ، وَلَهُ أَحَدُ الْأَبْوِينَ . . . صُرِفَ إِلَيْهِ ، وَإِنْ أَجْتَمَعَا . . . تَسَاوَيَا ؛ لِأَنَّهُمَا فِي دَرَجَةٍ وَاحِدَةٍ .

(١) القبيلة : بنو الأب . قال الماوردي في « الأحكام السلطانية » : أنساب العرب ستُّ مراتب تجمع أنسابهم وهي : شعب ، ثم قبيلة ، ثم عمارة ، ثم بطن ، ثم فخذ ، ثم فصيلة . فالشعب : النسب الأبعد كعدنان ، سمي شعباً لأن القبائل منه تتشعب . والقبيلة : وهي ما انقسمت في أنساب الشعب كربيعة ومضر ، سميت قبيلة لتقابل الأنساب فيها .

والعمارة : وهي ما انقسمت فيه أنساب القبيلة ، كقريش وكنانة .  
والبطن : وهو ما انقسمت فيه أنساب العمارة ، كبني عبد مناف ، وبني مخزوم .  
والفخذ : وهو ما انقسمت فيه أنساب البطن ، كبني هاشم ، وبني أمية .  
والفصيلة : وهي ما انقسمت فيه أنساب الفخذ ، كبني العباس وبني أبي طالب .  
فالفخذ يجمع الفصائل ، والبطن يجمع الأفخاذ ، والعمارة تجمع البطون ، والقبيلة تجمع العمائر ، والشعب يجمع القبائل . فإذا تباعدت الأنساب صارت القبائل شعوباً ، والعمائر قبائل ، وزاد غيره : العشيرة قبل الفصيلة . ١ . هـ من « تصحيح التنبيه » .

وإن كان له أب وأبن . . فففيه وجهان :

أحدهما : أنهما سواء ؛ لأنهما في أول درجة من الميت .

فعلى هذا : يقدم الأب على ابن الابن .

والثاني - وهو المذهب - : أن الابن يقدم ؛ لأنه جزء من الواقف ، وأقوى تعصياً من الأب .

فعلى هذا : يقدم ابن الابن وإن سفل ، على الأب .

وإن اجتمعت الأم والابن . . فينبغي أن يكون على الوجهين المذكورين في الأب والابن .

فإن لم يكن له والد ولا ولد ، وله إخوة وأخوات . . صرف إليهم . فإن كان فيهم من يدل بالآبوين ، وفيهم من يدل بأحدهما . . قدم من يدل بهما ؛ لأنه أقرب . وإن كان أحدهما يدل بالأب والآخر يدل بالأم . . فهما سواء ، وأولادهم يقومون مقامهم .

فإن لم يكن له إخوة ، وله جد من قبل الأب أو من قبل الأم . . صرف إليه . وإن كانت له جدة من قبل أحدهما . . صرف إليها فإن اجتمع الجد أبو الأب ، والجد أبو الأم ، وأم الأم ، وأم الأب . . صرف إليهم بالسوية ؛ لأنهم منه بمنزلة واحدة .

وإن اجتمع الجد أبو الأب ، والأخ من قبل الأب والأم ، أو من الأب . . ففيه قولان :

أحدهما : أنهما سواء ؛ لتساويهما في القرب منه .

فعلى هذا : يقدم الجد على ابن الأخ .

والثاني : أن الأخ أولى ؛ لأنه أقوى تعصياً منه .

فعلى هذا : يقدم ابن الأخ على الجد .

فإن لم يكن له أحد هؤلاء ، وله أعمام . . صرف إليهم على ترتيب الأخوة .

فإن كان له عم وأبو جد . . فعلى التولين في الأخ والجد .

فَإِنْ كَانَ لَهُ عَمٌّ وَخَالَ ، أَوْ عَمَّةٌ وَخَالَةٌ ، أَوْ عَمٌّ وَخَالَةٌ<sup>(١)</sup> . . . صُرِفَ إِلَيْهِمَا ، وَأَوْلَادُهُمْ يَقُومُونَ مَقَامَهُمْ .

فَإِنْ كَانَتْ لَهُ جَدَّتَانِ : إِحْدَاهُمَا تُدْلِي بِقَرَابَتَيْنِ ، وَالْأُخْرَى تُدْلِي بِقَرَابَةٍ وَاحِدَةٍ ، بَأَنْ يَتَزَوَّجَ رَجُلٌ بِابْنَةِ عَمَّتِهِ ، أَوْ ابْنَةِ خَالَتِهِ ، ثُمَّ يُوَلَّدُ لَهُ مِنْهَا وَلَدٌ . . . فَإِنَّ أُمَّ أُمِّ زَوْجَتِهِ تُدْلِي إِلَى وَلَدِهِمَا بِقَرَابَتَيْنِ ، فَإِنْ كَانَ هُنَاكَ جَدَّةٌ تَحَاضِيهَا . . . فَفِيهِ وَجْهَانِ : أَحَدُهُمَا : أَنَّ الَّتِي تُدْلِي بِقَرَابَتَيْنِ أُولَى .  
وَالثَّانِي : أَنَّهُمَا سَوَاءٌ .

فَرْعٌ : [الوقف على جماعة من أقرب القرابة] :

وَإِنْ وَقَفَ عَلَى جَمَاعَةٍ مِنْ أَقْرَبِ النَّاسِ إِلَيْهِ ، أَوْ أَوْصَى لَهُمْ . . . صُرِفَ إِلَى ثَلَاثَةٍ مِنْ أَقْرَبِ الدَّرَجَاتِ إِلَيْهِ .

فَإِنْ كَانَ لَهُ ثَلَاثَةُ أَوْلَادٍ فِي دَرَجَةٍ وَاحِدَةٍ . . . صُرِفَ إِلَيْهِمْ ؛ لِأَنَّهُمْ أَقْلُ الْجَمْعِ . فَإِنْ كَانَ فِي الدَّرَجَةِ الْأُولَى أَقْلٌ مِنْ ثَلَاثَةٍ . . . تُمَّمُوا مِنَ الدَّرَجَةِ الَّتِي تَلِيهَا . فَإِنْ كَانَ هُنَاكَ ثَلَاثَةٌ مِنْ ثَلَاثِ دَرَجَاتٍ . . . صُرِفَ إِلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ ثُلُثُ الْوَقْفِ . فَإِنْ كَانَ فِي الدَّرَجَةِ الْأُولَى أَكْثَرُ مِنْ ثَلَاثَةٍ . . . فَفِيهِ وَجْهَانِ :

أَحَدُهُمَا : أَنَّ النَّازِلَ فِي الْوَقْفِ وَالْوَصِيَّةِ يَصْرِفُ ذَلِكَ إِلَى ثَلَاثَةٍ يَخْتَارُهُمْ مِنْهُمْ ، كَمَا لَوْ وَقَفَ عَلَى الْفُقَرَاءِ أَوْ أَوْصَى لَهُمْ .

وَالثَّانِي : يُصْرِفُ إِلَى جَمِيعِهِمْ بِالسُّوِيَّةِ ؛ لِأَنَّهُ لَا مَزِيَّةَ لِبَعْضِهِمْ عَلَى بَعْضٍ ، بِخِلَافِ الْفُقَرَاءِ ؛ لِأَنَّهُمْ لَا يَنْحَصِرُونَ ، فَالْوَقْفُ وَالْوَصِيَّةُ إِنَّمَا يَقَعُ بِجِهَتِهِمْ دُونَ أَعْيَانِهِمْ .

وَإِنْ كَانَ فِي الدَّرَجَةِ الْأُولَى اثْنَانِ ، وَفِي الثَّانِيَةِ اثْنَانِ . . . صُرِفَ الثَّلَاثَانِ إِلَى اللَّذَيْنِ فِي الدَّرَجَةِ الْأُولَى ، وَفِي الثَّلَاثِ الْبَاقِي وَجْهَانِ :

(١) وكذا القول : لو كان له خال وعمّة .



أحدهما : يَصْرِفُهُ النَّاظِرُ إِلَى وَاحِدٍ يَخْتَارُهُ مِنَ الَّذِينَ فِي الدَّرَجَةِ الثَّانِيَةِ .  
والثاني : يُصْرِفُ إِلَيْهِمَا بِالسُّوِيَّةِ .

فرعٌ : [الوقف على أهل بيته] :

وإنَّ وَقَفَ عَلَى أَهْلِ بَيْتِهِ أَوْ أَوْصَى لَهُمْ . . . صُرِفَ إِلَى أَبِيهِ وَأَقَارِبِهِ مِنْ جِهَةِ أَبِيهِ ، نَحْوَ أَجْدَادِهِ وَإِخْوَتِهِ ؛ لِأَنَّهُ رَوِيَ عَنْ ثَعْلَبَ : أَنَّهُ قَالَ : أَهْلُ الْبَيْتِ : الْأَقَارِبُ مِنْ جِهَةِ الْأَبِ .

قَالَ الشَّيْخُ أَبُو حَامِدٍ : فَعَلَى هَذَا : لَا يَكُونُ لَبْنِيهِ وَلَا لِأَقَارِبِهِ مِنْ أُمِّهِ شَيْءٌ ؛ لِأَنَّهُمْ لَيْسُوا مِنْ أَهْلِ بَيْتِهِ ، فَمَنْ كَانَ مِنْ أَهْلِ بَيْتِهِ وَارِثًا . . لَمْ تُصْرِفْ إِلَيْهِ الْوَصِيَّةُ ، بَلْ إِلَى الْبَاقِينَ .

مسألةٌ : [الوقف في مرض الموت] :

إِذَا وَقَفَ شَيْئًا فِي مَرَضٍ مَوْتِهِ . . فَإِنَّ ذَلِكَ وَصِيَّةٌ .

فَإِنْ كَانَ الْوَقْفُ عَلَى أَجْنَبِيٍّ : فَإِنْ أَحْتَمَلَهُ الثُّلُثُ مِنْ تَرْكْتِهِ . . صَحَّ الْوَقْفُ . وَإِنْ لَمْ يَحْتَمَلَهُ الثُّلُثُ . . لَزِمَ الْوَقْفُ فِي قَدْرِ الثُّلُثِ وَوَقَفَ مَا زَادَ عَلَيْهِ عَلَى إِجَازَةِ الْوَرِثَةِ .

وإنَّ وَقَفَ عَلَى وَارِثِهِ فِي مَرَضٍ مَوْتِهِ . . وَقَفَ عَلَى إِجَازَةِ الْوَرِثَةِ ، سِوَاءٍ إِحْتَمَلَهُ الثُّلُثُ أَوْ لَمْ يَحْتَمَلَهُ ، كَالْوَصِيَّةِ لَهُ .

فَإِنْ كَانَ لَهُ دَارٌ لَا يَمْلِكُ غَيْرَهَا ، فَوَقَفَهَا عَلَى ابْنِهِ فِي مَرَضٍ مَوْتِهِ ، وَلَا وَارِثَ لَهُ سِوَاهُ . .

قَالَ الْمَسْعُودِيُّ [فِي «الِإِبَانَةِ» ق/٤١١] : لَزِمَ الْوَقْفُ فِي ثُلُثِهَا ؛ لِأَنَّ أَكْثَرَ مَا فِيهِ أَنَّهُ حَالٌ بَيْنَهُ وَبَيْنَ ثُلُثِهَا ، وَلَهُ أَنْ يَفْعَلَ ذَلِكَ فِي ثُلُثِهِ .

وَأَمَّا الثَّلَاثَانِ : فَلِلْأَبْنِ إِبْطَالُ الْوَقْفِ فِيهِمَا ؛ لِأَنَّ الْإِنْسَانَ لَا يَمْلِكُ التَّبَرُّعَ فِي مَرَضٍ مَوْتِهِ إِلَّا بِثُلُثِ تَرْكْتِهِ ، فَإِنْ أَبْطَلَهُ . . فَلَا كَلَامَ ، وَإِنْ اخْتَارَ أَنْ يُجِيزَهُ وَقَفًا عَلَى نَفْسِهِ :

فَإِنْ قُلْنَا : إِنَّ الْإِجَازَةَ مِنَ الْوَارِثِ أِبْتِدَاءً عَطِيَّةٌ مِنْهُ . . لَمْ يَصَحَّ ، كَمَا لَا يَجُوزُ أَنْ يَقِفَ عَلَى نَفْسِهِ .

وَإِنْ قُلْنَا : إِنَّهُ تَنْفِذٌ لِمَا فَعَلَهُ الْمُوصِي . . صَحَّ .

فِرْعُ : [وقف داره على ابنه وابنته] :

وَإِنْ كَانَ لَهُ دَارٌ ، فَوَقَفَهَا عَلَى ابْنِهِ وَابْنَتِهِ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ ، وَأَحْتَمَلَهَا الثُلُثُ ، وَلَا وَارِثَ لَهُ غَيْرُهُمَا ، فَإِنْ أَجَازَ الْإِبْنُ الْوَقْفَ عَلَى أُخْتِهِ . . صَحَّ ، وَكَانَتِ الدَّارُ وَقْفًا بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ . وَإِنْ أَبَى أَنْ يُجِيزَهُ . . قَالَ ابْنُ الْحَدَّادِ : بَطَلَ الْوَقْفُ فِي نِصْفِ الْمَوْقُوفِ عَلَى الْإِبْنَةِ - وَهُوَ : رُبْعُ الدَّارِ - وَيَبْقَى الرُّبْعُ مَوْقُوفًا عَلَى الْإِبْنَةِ ، وَالنِّصْفُ مَوْقُوفًا عَلَى الْإِبْنِ ، ثُمَّ يَقْتَسِمَانِ الرُّبْعَ الَّذِي بَطَلَ فِيهِ الْوَقْفُ بَيْنَهُمَا لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ .

وَتَصَحُّ الْمَسْأَلَةُ مِنْ اثْنَيْ عَشَرَ : لِلْإِبْنِ ثَمَانِيَّةُ أَصْهُمٍ : سِتَّةٌ مِنْهَا وَقَفَتْ عَلَيْهِ ، وَسَهْمَانِ طُلُقٌ لَهُ ، وَلِلْإِبْنَةِ أَرْبَعَةُ أَصْهُمٍ : ثَلَاثَةٌ وَقَفَتْ عَلَيْهَا ، وَسَهْمٌ طُلُقٌ لَهَا .

فَإِنْ كَانَتْ لَهُ دَارٌ وَقَفَهَا عَلَى ابْنِهِ وَزَوْجَتِهِ نِصْفَيْنِ بَيْنَهُمَا ، وَلَا وَارِثَ لَهُ غَيْرُهُمَا ، وَخَرَجَتِ الدَّارُ مِنْ ثُلُثِهِ ؛ فَإِنْ أَجَازَ الْإِبْنُ الْوَقْفَ عَلَى الزَّوْجَةِ . . كَانَتْ وَقْفًا بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ . وَإِنْ لَمْ يُجِزْ . . فَقَدْ فَضَلَ الزَّوْجُ الزَّوْجَةَ بِثَلَاثَةِ أَصْهُمٍ مِنْ ثَمَانِيَّةٍ مِنَ الدَّارِ ، فَيَبْطُلُ الْوَقْفُ فِيهَا ، وَيَكُونُ ذَلِكَ مِلْكًا لِلْإِبْنِ طُلُقًا ، وَيَبْقَى أَرْبَعَةُ أَصْهُمٍ مِنْ ثَمَانِيَّةٍ مِنَ الدَّارِ وَقْفًا عَلَى الْإِبْنِ ، فَيَصِيرُ أَرْبَعَةُ أَصْبَاعٍ نَصِيبِهِ وَقْفًا عَلَيْهِ ، وَثَلَاثَةُ أَصْبَاعٍ نَصِيبِهِ طُلُقًا لَهُ ، فَيَجِبُ أَنْ يَكُونَ نَصِيبُ الزَّوْجَةِ كَذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ سَوَى بَيْنَهُمَا فِي الْوَقْفِ ، فَيَكُونُ أَرْبَعَةُ أَصْبَاعٍ ثُمْنًا وَقْفًا عَلَيْهَا ، وَثَلَاثَةُ أَصْبَاعٍ ثُمْنًا طُلُقًا لَهَا ، فَتَضْرِبُ ثَمَانِيَّةً فِي سَبْعَةٍ ، فَذَلِكَ سِتَّةٌ وَخَمْسُونَ ، لِلْإِبْنِ تِسْعَةٌ وَأَرْبَعُونَ سَهْمًا : ثَمَانِيَّةٌ وَعِشْرُونَ مِنْهَا وَقَفَتْ عَلَيْهِ ، وَأَحَدٌ وَعِشْرُونَ طُلُقٌ لَهُ . وَلِلزَّوْجَةِ سَبْعَةُ أَصْهُمٍ : أَرْبَعَةٌ وَقَفَتْ عَلَيْهَا ، وَثَلَاثَةُ طُلُقٌ لَهَا .

مَسْأَلَةٌ : [وقف على الموالى] :

وَإِنْ وَقَفَ عَلَى مَوَالِيهِ ، أَوْ أَوْصَى لَهُمْ :

فَإِنْ كَانَ لَهُ مَوْلَى مِنْ أَعْلَى ، وَهُوَ الَّذِي أَعْتَقَهُ وَأَنْعَمَ عَلَيْهِ . . صَرِفَ ذَلِكَ إِلَيْهِ .

وإن كان له مولى من أسفل ، وهو الذي أعتقه الواقف أو الموصي . . . صُرف ذلك إليه .

وإن كان له مولى من أعلى ومولى من أسفل . . . ففيه ثلاثة أوجه :

أحدها : يُصرف ذلك إليهما ؛ لأنَّ اسمَ المولى لجميعهما .

والثاني : يُصرف ذلك إلى المولى من أعلى ؛ لأنَّ جنبته أقوى ؛ لأنه الوارث له .

والثالث : لا يصح الوقف ؛ لأنَّ اسمَ المولى في أحدهما لمعنى معيّن ، وفي الآخر لمعنى آخر ، فصار من أسماء الأضداد ؛ لأنَّ أحدهما مُنعمٌ ، والآخر منعمٌ عليه ، ولا يمكن حمله على العموم فيهما ؛ لأنَّ العموم إنما يُحمل إذا كان من أسماء الأجناس كالمسلمين والمشرّكين .

وإن كان الموقوف عليه والموصى له منهما مجهولاً . . . لم يصح .

**مسألة :** [وقف على جماعة فمات أحدهم وله ولد] :

إذا قال : وقفتُ هذا على زيد وعمرو وبكر ، فمن مات منهم وله ولدٌ ، فنصيبه لولده ، فإذا أنقروضوا ، فعلى الفقراء والمساكين . . . حُمل ذلك على شرطه .

وإن قال : وقفتُ على زيد وعمرو وبكر ، فإذا أنقروضوا فعلى الفقراء والمساكين ، فمن مات منهم وله ولدٌ ، فنصيبه لولده ، ومن مات ولا ولد له ، نُقل نصيبه إلى أهل الوقف ، أو إلى الفقراء والمساكين . . . حُمل ذلك على ما شرطه .

وإن قال : وقفتُ عليهم ، فإذا أنقروضوا ، فعلى الفقراء والمساكين ، وأطلق ، فمات واحدٌ منهم . . . ففيه قولان<sup>(١)</sup> سواء كان له ولدٌ أو لم يكن :

أحدهما - وهو قول أبي علي الطبري - : أنَّ نصيبه يُصرف<sup>(٢)</sup> إلى الفقراء

(١) في (م) : (وجهان) .

(٢) في (م) : (ينقل) .

والمساكين ؛ لأنه لما جعل الجميع لهم إذا أنقروضوا . . . وَجَبَ أَنْ يَكُونَ نَصِيبُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ لَهُمْ إِذَا أَنْقَرَضَ .

والثاني - وهو المنصوص في « حرمة » - : ( أَنَّ نَصِيبَهُ يَكُونُ لِمَنْ بَقِيَ مِنَ الْآخِرِينَ ) . وبه قال مالك .

قال أبو العباس : ولأَيِّ معنى صُرِفَ إليهما . . . يحتملُ معنيين :

أحدهما : لأنه لا يُمكنُ دفعُ نصيبه إلى الفقراء والمساكين ؛ لأنه جعل أنقراض أهل الوقف شرطاً في استحقاق الفقراء ، ولم يُوجد أنقراضهم ، فلا يمكنُ رده إلى الواقف ؛ لأنَّ ملكه قد زال عنه فلم يبق إلا صرفه إلى مَنْ بقي منهم ؛ لأنه أقرب .

والمعنى الثاني : أنه لما قال : وَقَفْتُهُ عَلَيْهِمْ ، فإذا أنقروضوا فعلى الفقراء والمساكين . . صار كأنه وقفه عليهم وعلى مَنْ عاش منهم ، وهذا مِنْ ضمن كلامه معلوم .

مسألة : [وقف مسجداً لفئة] :

إذا وقف مسجداً على الشفعوية<sup>(١)</sup> . . فهل يُمكنُ غيرهم من الصلاة فيه ؟ حكى الطبري فيه قولين<sup>(٢)</sup> .

وإن وقف مسجداً في محلة<sup>(٣)</sup> فخرت المحلة ، أو وقف داراً فخرت وتعطلت منافعها . . لم يبطل الوقف فيهما .

وقال أحمد : ( إذا خربت المحلة . . جاز نقض المسجد وصرف آلته<sup>(٤)</sup> إلى بناء مسجد آخر ، وإذا خربت الدار . . جاز بيعها ، وصرف ثمنها إلى بناء دار أخرى ) .

وقال محمد : يبطل الوقف فيهما ، ويكونان ملكاً للواقف .

(١) الشفعوية ، كالشافعية : من ينتسب للشافعي رحمه تعالى .

(٢) في ( م ) : ( وجهين ) .

(٣) المحلة : منزل القوم الذي يحلون به كمفعلة بفتح الميم .

(٤) في نسخة : ( ذلك ) .

دليلنا : أَنَّ ما زال المِلْكُ فيه لِحقِّ الله . لا يبطلُ بِأختلالِ الانتفاعِ به ، كما لو أعتقَ عبداً ثمَّ زَمِنَ<sup>(١)</sup> ، ولأنَّه قدَّ يصلي فيه أفرادُ الناسِ ، وقد تَعُمَّرُ المحلَّةُ وتَعُمَّرُ الدارُ .

فرعٌ : [وقف نخلة فيبست أو مسجداً فتلف منه شيء] :

وإنَّ وَقَفَ نخلةً فَأَنقَلَعَتْ أو يَبِسَتْ ، أو وَقَفَ مسجداً فَأَنكَسَرَتْ خَشَبَةً منه . . ففيه وجهان :

أحدهما : لا يجوزُ بيعُها ؛ لِما ذكرناه في المسجد .

والثاني : يجوزُ بيعُها ؛ لِأَنَّ منفعتها بطلت ، فكانَ بيعُها أولى من تركها .

فإذا قلنا بهذا : فهل يجبُ صَرَفُ ثمنها في شراءِ مثلها لتكونَ وَقفاً مثلها ، أو يكونُ ملكاً للموقوفِ عليه ، ويُصَرَفُ في سائرِ مصالحِ المسجدِ ؟ فيه طريقان ، كما قلنا في قيمة الوقفِ إذا تَلَفَ .

قال أبو علي السنجي : وكلُّ ما أَشترى للمسجدِ مِنَ الحَصِيرِ والخشبِ والآجُرِّ والطينِ . . لا يجوزُ بيعُ شيءٍ منه ؛ لِأَنَّ ذلكَ كُلَّهُ في حُكْمِ المسجدِ ، فهو كجزءٍ من أجزائه . فَإِنْ أَشرفتْ على الهلاكِ ولا يحتاجُ المسجدُ إليها ، كالحصيرةِ الباليةِ والأخشابِ العَفِنَةِ . . فهل يجوزُ بيعُها ؟ فيه وجهان :

أحدهما : يجوزُ ؛ لأنَّا لو قلنا : لا يجوزُ بيعُها . . لَهَلَكَتْ .

والثاني : لا يجوزُ ، قال : وهو الأصحُّ ؛ لأنها في حُكْمِ المسجدِ .

قال الطبري : وما أَشرفتْ على الهلاكِ مِنْ أَسْتارِ الكعبةِ ، وَلَمْ يبقَ فيه جَمالٌ ولا منفعةٌ . . فهل يجوزُ بيعُها ؟ يحتملُ أَنْ يكونَ على هذينِ الوجهين .

قال : والصحيحُ في الكلِّ : لا يجوزُ بيعُها .

(١) زَمِنَ : أصابه مرض عضال ولزمه .



**فرعٌ :** [وقف على ثغر فبطل] :

وإن وقف أرضاً على ثغر ، فبطل الثغر وتعذر القتال فيه . . حفظ انتفاع الوقف - وهو : غلته - ولا يُصرف إلى غيره ؛ لجواز أن يعود الثغر كما كان .

**مسألةٌ :** [أحتياج الوقف إلى نفقة] :

وإذا أحتاج الوقف إلى نفقة ، بأن كان حيواناً أو أرضاً تحتاج إلى العمارة : فإن شرط الواقف أن نفقة ذلك من غلة الوقف . . أنفق عليها من غلتها ، وما بقي صرف إلى أهل الوقف .

قال ابن الصبّاغ : وإن شرط الواقف أن تكون نفقتها من ماله . . حمل على ذلك . وإن أطلق ذلك . . أنفق عليه من غلته ؛ لأنه لا يمكن الانتفاع به<sup>(١)</sup> إلا بذلك . فإن بطلت منفعته<sup>(٢)</sup> ، بأن كان عبداً فزمن :

فإن قلنا : إن الملك<sup>(٣)</sup> فيه ينتقل إلى الله تعالى . . أنفق عليه من بيت المال ، كالحرّ المعسر .

وإن قلنا : إن الملك فيه ينتقل إلى الموقوف عليه . . كانت نفقته عليه . وإن قلنا بالقول المخرّج : إن ملك الواقف باقٍ عليه . . وجبت نفقته عليه .

**مسألةٌ :** [النظر في الوقف] :

وأما النظر في الوقف : فإن جعل الواقف النظر فيه لنفسه أو لغيره . . حمل على ذلك ؛ لما ذكرناه من أخبار الصحابة .

(١) في ( م ) : ( بها ) .

(٢) في ( م ) : ( منفعتها ) .

(٣) في ( م ) : ( الوقف ) .

وإن لم نجعله إلى أحدٍ : فإن قلنا : إنَّ المِلكَ فيه ينتقلُ إلى الله . . كان النظرُ فيه إلى الحاكم .

وإن قلنا : إنَّه ينتقلُ إلى الموقوفِ عليه . . كان النظرُ فيه إليه .

وإن قلنا بالقولِ المخرَجِ : إنَّه باقٍ على ملكِ الواقفِ . . كان النظرُ فيه إليه .

فإن جعلَ الواقفُ النظرَ فيه إلى اثنينٍ من أهلِ الوقفِ ، ولم يوجد في أهلِ الوقفِ مَنْ يصلحُ للنظرِ إلا واحدٌ . . ضمَّ إليه الحاكمُ واحداً ؛ لأنَّ الواقفَ لم يرضَ إلا بنظرِ اثنين .

**مسألة :** [وقف على أولاده أرضاً بأيديهم] :

إذا وقفَ على أولاده أرضاً وهي في أيديهم ، فاختلفوا فيها :

فقال الذكورُ : جعلها للذكرِ مثلُ حظِّ الأنثيين ، وقال الإناثُ : بل جعل الذكورُ فيها والإناثُ سواءً .

أو قال أهلُ البطنِ الأوَّلِ : هي على الترتيبِ ، وقال أهلُ البطنِ الثاني : هي على التشريكِ بيننا وبينكم : فإن كان هناك بيَّنةٌ . . عملَ بها ، وإن لم تكن هناك بيَّنةٌ ، فإن كان الواقفُ حياً . . رُجعَ إليه في بيانه ؛ لأنَّه ثبتَ بقوله ، فرُجعَ إليه . وإن كان ميتاً . . حلفوا ، وجُعِلَتْ بينهم بالسويَّةِ ؛ لأنَّه لا مزيَّةَ لقولِ بعضهم على بعضٍ ، فتحالفوا ، كما لو اختلفَ اثنانِ في ملكٍ دارٍ .

**فرع :** [أرضٌ بعضها وقف والآخَرُ طلق] :

إذا كان هناك أرضٌ بعضها وقفٌ وبعضها طلقٌ ، فأرادَ أهلُ الطَّلُقِ أن يُقاسموا أهلَ الوقفِ ، والأرضُ ممَّا يحتملُ القسمةَ ، فإن قلنا : إنَّ القسمةَ بيعٌ . . لم تصحَّ القسمةُ ؛ لأنَّ الوقفَ لا يصحُّ بيعُهُ ، وإن قلنا : إنَّها فرزُ النصيبين ، ولم يكن فيها ردٌّ . . صحَّتِ القسمةُ ، وإن كان فيها ردٌّ . . نظرتُ :

فإن كان صاحبُ الطَّلُقِ يرُدُّ على أهلِ الوقفِ . . لم يصحَّ ؛ لأنَّه يُعطي عوضاً عن شيءٍ يأخذه من الوقفِ ، وذلك لا يجوزُ .

وإن كان أهل الوقف يردون على صاحب الطلق . . صح ؛ لأنهم يميزون الوقف ،  
ويبدلون العوض عن شيء يملكونه من حق الشريك ، وذلك جائز .

وأما قسمة الوقف بين أربابه : فقال سليم وأبن الصباغ : لا يصح قولاً واحداً ؛ لأننا  
وإن قلنا إن القسمة فرز النصيين ، إلا أنه يتعلق بها حق البطن الثاني ، فلا يجوز لأهل  
البطن الأعلى التصرف بحقوقه ، ولأن ذلك تغيير للوقف ، وهو لا يجوز تغييره .

**مسألة :** [أشياء كانت في الجاهلية :

ذكر أصحابنا في تفسير قول الله تعالى : ﴿ مَا جَعَلَ اللَّهُ مِنْ بَحِيرَةٍ وَلَا سَائِبَةٍ وَلَا وَصِيلَةٍ وَلَا حَامٍ ﴾ [المائدة : ١٠٣] وهذه أشياء كان يفعلها أهل الجاهلية ، فورد الشرع بإبطالها .

فأما ( السائبة ) : فإن الناقة كانت إذا ولدت عشرة بطون كلها إناث متوالية سببها  
إكراماً لها ، فلا تركب ولا يُجرز وبرها ، ولا يشرب من لبنها أحد إلا أن يطرقهم ضيف  
ولا لبن عندهم فيحلبونها له ، فإذا ماتت : أكلها الرجال دون النساء ، وكانوا يستحلون  
أكل الميتة . وقد سمي الفقهاء العبد يُعتق بشرط أن لا ولاء عليه سائبة .

وأما ( البحيرة ) : فهو ولد السائبة بعد أن تُسيب ، ويكون حكمه حكم أمه .

وإنما سمي بحيرة ؛ لأنهم كانوا يشقون أذنه ليُعلم أنه ولد السائبة . و ( البحر ) :  
الشق . ومنه سمي البحرُ بحراً ؛ لأن الله تعالى جعله مشقوقاً في الأرض شقاً .

وقيل ( البحيرة ) : الناقة إذا ولدت خمسة بطون ، فشق أذننها وتُسيب . والأول  
أصح .

وأما ( الوصيلة ) : فهي الناقة أو الشاة إذا ولدت سبعة بطون ، في ست أنثيان  
أنثيان ، وفي السابعة ذكر وأنثى ؛ لأنها وصلت الذكر بالأنثى ، فيسيبونها ولا يشرب  
من لبنها إلا الرجال دون النساء .

وأما ( الحام ) : فقيل : هو الفحل إذا نتج منه عشرة بطون ، قيل : قد حمى  
ظهره ، وسُيب .

وقيل : هو الفحل الذي نتج ولدٌ ولديه ، فيسيب ولا ينتفع به ، وكانوا يعتقدون ذلك قربةً .

قال الشافعي : ( وهذا تأويل ما روي : أنَّ النبي ﷺ جاء بإطلاق الحبس ، وهو الحبس الذي كانت تفعله الجاهلية من البحيرة والسائبة والوصيلة والحام ، ولا يعلم أنَّ أحداً منهم حبس دارة أو أرضه ) .

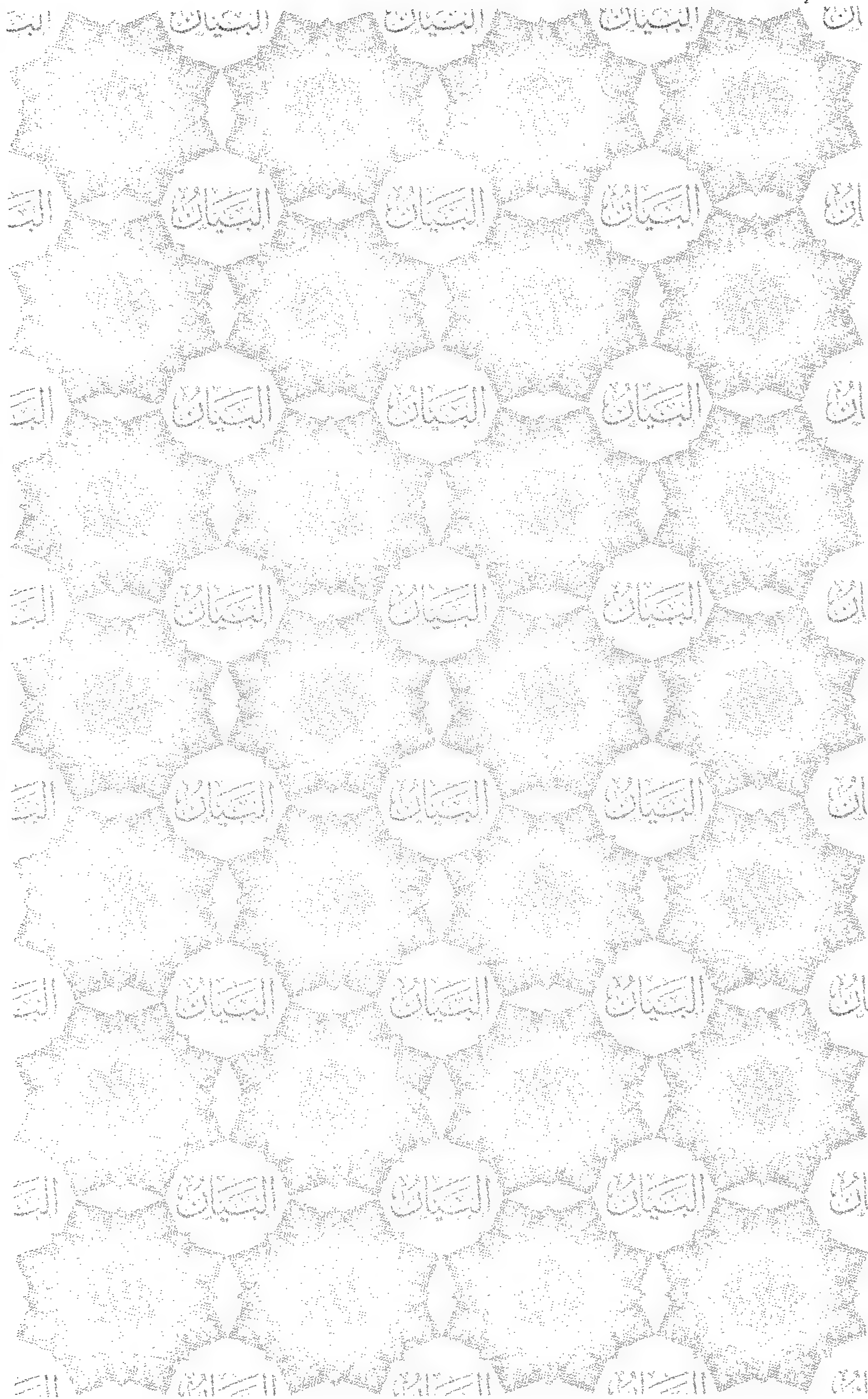
والله أعلم وبالله التوفيق

\* \* \*





# کتاب المہربا



## كتاب الهبة (١)

الهبة : تملك العین بغير عوض . وهي مندوب إليها ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى ﴾ [المائدة : ٢] وقوله تعالى : ﴿ وَلَكِنَّ الْبِرَّ مَنْ ءَامَنَ بِاللّٰهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَالْمَلَائِكَةِ وَالْكِتَابِ وَالنَّبِيِّنَ وَءَاتَى الْمَالَ عَلَى حُبِّهِ ذَوِي الْقُرْبَى وَالْيَتَامَى وَالْمَسْكِينِ وَابْنَ السَّبِيلِ ﴾

[البقرة : ١٧٧]

وروي : أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « تَهَادُّوا تَحَابُّوا » (٢) .

(١) الهبة : وصدة التطوع والهدية ، والعطية أنواع من البر متقاربة ، يجمعها تملك بلا عوض ، فإن تمحض فيها طلب التقرب إلى الله تعالى بإعطاء محتاج فهي صدقة ، وإن حُملت إلى مكان المهدى إليه إكراماً وإعظماً وتودداً فهي هدية ، وإلا فهبة ، فكل هدية وصدقة وعطية هبة ، ولا ينعكس . هذا ما ذكره أصحابنا في حدودها . والهبة يقال فيها : وهبت الشيء أهبه هبة ، وموهباً وموهباً وموهباً وهبة ، والاسم الموهب والموهبة . والاتهاب : قبول الهبة . والاستهاب : سؤالها ، ووقاب ووهابة : كثير الهبة . وقولهم : وهب منه ثوباً ، الأجود حذف لفظة من . « تصحيح التنبيه » و« مقاييس اللغة » . ودليل مشروعيتها قوله تعالى : ﴿ وَءَاتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً ﴾ [النساء : ٤] ، وحكمة تشريعها : أنها تورث الألفة والمحبة بين الناس .

(٢) رواه عن أبي هريرة البخاري في « الأدب المفرد » ( ٥٩٥ ) ، والترمذي ( ٢١٣١ ) بلفظ : « تهادوا فإن الهدية تذهب وحر الصدور » ، والبيهقي في « السنن الكبرى » ( ١٦٩ / ٦ ) في الهبات وقال : غريب . قال في « تلخيص الحبير » ( ٨٠ / ٣ ) : بإسناد حسن ، وزاد نسبته إلى ابن طاهر ورواه في « سند الشهاب » . وفيه أيضاً :

عن عائشة : « تهادوا تزدادوا حباً » وإسناده غريب . وفي الباب أيضاً : عن أم حكيم بنت وداع الخزاعية قال ابن طاهر : إسناده أيضاً غريب وليس بحجة .

وعن عطاء الخراساني رواه مالك في « الموطأ » ( ٩٠٨ / ٢ ) [في حسن الخلق] رفعه : « تصافحوا يذهب الغل ، وتهادوا تحابوا وتذهب الشحناء » ، وفي « الأوسط » للطبراني من طريق عائشة رفعه : « تهادوا تحابوا ، وهاجروا تورثوا أولادكم مجداً ، وأقبلوا الكرام عثراتهم » وفي إسناده نظر . ا . ه .

وأجمع المسلمون على استحبابها<sup>(١)</sup>.

إذا ثبت هذا : فإن الهبة للأقارب أفضل ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَآتَى الْمَالَ عَلَى حُبِّهِ ذَوِي الْقُرْبَى ﴾ [البقرة : ١٧٧] فبدأ بهم ، والعرب تبدأ بالأهم فالأهم .

وقال النبي ﷺ : « الرَّحْمُ شُجْنَةٌ مِنَ الرَّحْمَنِ فَمَنْ وَصَلَهَا . . وَصَلَهُ اللَّهُ ، وَمَنْ قَطَعَهَا . . قَطَعَهُ اللَّهُ »<sup>(٢)</sup>.

و ( الشجنة ) : تروى بضم الشين وكسر ها .

وروي : عن النبي ﷺ أَنَّهُ قَالَ : « يَقُولُ اللَّهُ : أَنَا اللَّهُ ، وَأَنَا الرَّحْمَنُ ، وَأَنَا خَلَقْتُ الرَّحْمَ ، وَشَقَقْتُ لَهَا مِنْ إِسْمِي ، فَمَنْ وَصَلَهَا . . وَصَلْتُهُ ، وَمَنْ قَطَعَهَا . . بَتَّئْتُ »<sup>(٣)</sup> .  
يعني : قطعته .

= وعن ابن عمر رواه الحاكم في « معرفة علوم الحديث » ( ص / ٨٠ ) والقضاعي في « مسند الشهاب » ( ٦٥٧ ) . قال ابن الملقن في « خلاصة البدر المنير » ( ١٦٩٦ ) نقلاً عن ابن طاهر : هو أصح ما ورد في الباب مع الاختلاف عليه .

(١) قال ابن المنذر في « الإجماع » ( ٥٩٨ ) : وأجمعوا أن الرجل إذا وهب لرجل داراً أو أرضاً أو عبداً على غير عوض بطيب نفس المعطي ، وقبل الموهوب له ذلك وقبضه يُدفع من الواهب ذلك إليه ، وأجازة ، أن الهبة له تامة .

وقال الصفدي في « رحمة الأمة » ( ص / ٣٥٧ ) : اتفق الأئمة على أن الهبة تصح بالإيجاب والقبول والقبض . أي فلا تملك إلا بالقبض لا بنفس العقد .

(٢) أخرجه عن عبد الله بن عمرو رضي الله تعالى عنهما أبو داود طرفاً منه ( ٤٩٤١ ) في الأدب ، والترمذي ( ١٩٢٥ ) واللفظ له في البر والصلة ، وقال : حسن صحيح ، والحاكم في « المستدرک » ( ١٥٩ / ٤ ) وصححه ، والبيهقي طرفه في « السنن الكبرى » ( ٤١ / ٩ ) في السير و « الأسماء والصفات » ( ٤٢٣ ) . قال السخاوي في « المقاصد الحسنة » : وكان ذلك باعتبار ما له من المتابعات والشواهد ، وإلا فأبو قابوس لم يرو عنه سوى ابن دينار ، ولم يوثقه سوى ابن حبان على قاعدته في توثيق المجاهيل . الشجنة : عروق الشجر المشتبكة ، ويقال : بيني وبينه شجنة : أي قرابة مشتبكة . والرحم : مشتقة من الرحمن ، والمعنى : أن لها قرباً من الله تعالى .

(٣) أخرجه - بالفاظ متقاربة - عن عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه من طريقين البخاري في « الأدب المفرد » ( ٥٣ ) ، وأبو داود ( ١٦٩٤ ) و ( ١٦٩٥ ) في الزكاة ، والترمذي ( ١٩٠٨ ) في البر والصلة ، وأحمد في « المسند » ( ١٩٤ / ١ ) ، والحاكم في « المستدرک » ( ١٥٧ / ٤ ) =

وقال ﷺ : « صَدَقْتُكَ عَلَى غَيْرِ ذِي رَحِمِكَ صَدَقَةٌ ، وَصَدَقْتُكَ عَلَى ذِي رَحِمِكَ صَدَقَةٌ وَصِلَةٌ » .

وقال ﷺ : « أَفْضَلُ الصَّدَقَةِ : عَلَى ذِي الرَّحِمِ الْكَاشِحِ » يعني : المعادي ؛ لأنَّ الصَّدَقَةَ تَقْطَعُ الْعَدَاوَةَ وَتَرْفَعُهَا .

وقال ﷺ : « مَنْ سَرَّهُ أَنْ يُنْسَأَ فِي أَجَلِهِ ، وَيُوسَّعَ فِي رِزْقِهِ . . فَلْيَصِلْ رَحِمَهُ » <sup>(١)</sup> .

وفي الهبة صلة للرحم .

فَإِذَا أَرَادَ أَنْ يَهَبَ أَوْلَادَهُ . . فَاَلْمَسْتَحِبُّ أَنْ يَعْمَهُمْ ، وَأَنْ يَسَاوِيَ بَيْنَ الذَّكَورِ وَالْإِنَاثِ . وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ ، وَأَكْثَرُ أَهْلِ الْعِلْمِ .

وقال شريح : الْمَسْتَحِبُّ أَنْ يَجْعَلَ لِلذَّكَرِ مِثْلَ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ . وَبِهِ قَالَ أَحْمَدُ وَإِسْحَاقُ .

دليلنا : ما روى أَبُو عَبَّاسٍ : أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « سَوُّوا بَيْنَ أَوْلَادِكُمْ فِي الْعَطِيَّةِ ، فَلَوْ كُنْتُمْ مُفْضِلًا أَحَدًا . . لَفَضَّلْتُ الْبَنَاتِ » <sup>(٢)</sup> .

= ( ١٥٨ ) ، وعبد الرزاق في « المصنف » ( ٢٠٢٣٤ ) بإسناد صحيح .

وعن عبد الله بن عمرو رضي الله عنهما رواه الحكيم كما في « الكتر » ( ٦٩٥٥ ) في الترهيب عن قطع الرحم .

(١) أخرجه عن أبي هريرة البخاري ( ٥٩٨٥ ) في الأدب ، وأحمد في « المسند » ( ٣٧٤ / ٢ ) ، وأبو يعلى في « المسند » ( ٦٦٢٠ ) .

وعن أنس أخرجه البخاري ( ٥٩٨٦ ) في الأدب وفي « الأدب المفرد » ( ٥٦ ) ، ومسلم ( ٢٥٥٧ ) في البر والصلة ، وأحمد في « المسند » ( ١٥٦ / ٣ ) ، وأبو داود ( ١٦٩٣ ) في الزكاة ، وابن المبارك في « البر والصلة » ( ٢١٠ ) ، ووكيع في « الزهد » ( ٤٠٥ ) ، وهناد بن السري في « الزهد » ( ١٠٠٧ ) ، والخرائطي في « مكارم الأخلاق » ( ص / ٥١ ) ، وأبو نعيم الأصبهاني في « أخبار أصبهان » ( ٢٤٤ / ٢ ) وغيرها .

(٢) أخرجه عن الحبر ابن عباس رضي الله عنهما الطبراني في « الكبير » ( ١١٩٩٧ ) ، وابن عدي في « الكامل » ( ١٢١٧ / ٣ ) ، والبيهقي في « السنن الكبرى » ( ١٧٧ / ٦ ) في الهبات وفي إسناده سعيد بن يوسف متفق على ضعفه ، لكن حسنه الحافظ في « الفتح » ( ٢١٤ / ٥ ) ، وفيه : ( النساء ) بدل : ( البنات ) .



وروى النعمان بن بشير : أَنَّ أَبَاهُ بَشِيرَ بْنَ سَعْدٍ أَتَى النَّبِيَّ ﷺ وَقَالَ : إِنِّي نَحَلْتُ ابْنِي هَذَا غَلَامًا كَانَ لِي ، فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ : « أَكُلَّ وَلَدِكَ نَحَلْتَ مِثْلَ هَذَا ؟ » قَالَ : لَا . قَالَ : « أَيْسُرُكَ أَنْ يَكُونُوا فِي الْبِرِّ سَوَاءً ؟ » قَالَ : نَعَمْ ، قَالَ : « فَأَرْجِعْهُ » . وروى : « فَأَرْدُدْهُ » <sup>(١)</sup> .  
و ( النِّحْلَةُ ) - بضمَّ النونِ وبكسرِها - هي : العَطِيَّةُ .

قال الشافعي [في « مختصر المزني » ( ١٢٢ / ٣ )] : ( ولأنَّ الأقاربَ ينفسُ بعضهم بعضاً ما لا ينفسُ العدا ) .

يعني : أن الأقاربَ يتنافسون ويتحاسدون أكثرَ من الأجانبِ ، وربَّما أدَّى ذلك إلى قطعِ الرَّحِمِ . ف ( العدا ) - بكسرِ العينِ - : الأجانبُ والأبعدُ . و ( العدا ) <sup>(٢)</sup> - بضمِّ العينِ - : العداوةُ .

(١) أخرجه عن النعمان بن بشير رضي الله عنه مالك في « الموطأ » ( ٧٥١ / ٢ ) في الأقضية ، والشافعي في « ترتيب المسند » ( ٥٨٣ / ٢ ) في الهبة والعمرى ، وأحمد في « المسند » ( ٢٦٨ / ٤ ) ، والبخاري ( ٢٥٨٦ ) و ( ٢٥٨٧ ) ، ومسلم ( ١٦٢٣ ) في الهبات ، وأبو داود ( ٣٥٤٣ ) في البيوع ، والترمذي ( ١٣٦٧ ) في الأحكام ، والنسائي في « الصغرى » ( ٣٦٧٢ ) وإلى ( ٣٦٧٥ ) و ( ٣٦٧٧ ) في النحل ، وابن ماجه ( ٢٣٧٦ ) ، وعبد الرزاق في « المصنف » ( ١٦٤٩١ ) ، وابن أبي شيبة في « المصنف » ( ٣١٦ / ٧ ) في الوصايا ، وابن الجارود في « المنتقى » ( ٩٩١ ) ، والبيهقي في « السنن الكبرى » ( ١٧٦ / ٦ ) في الهبات .

قال الترمذي : هذا حديث حسن صحيح ، وقد روي من غير وجه عن النعمان ، والعمل على هذا عند بعض أهل العلم يستحبون التسوية بين الولد حتى قال بعضهم : يسوي بين ولده حتى في القبلة . وقال بعضهم : يسوي بين ولده في النحل والعطية يعني الذكر والأنثى سواء ، وهو قول سفيان الثوري . وقال بعضهم : التسوية بين الولد أن يعطي الذكر مثل حظ الأنثيين ، مثل قسمة الميراث وهو قول أحمد وإسحاق .

(٢) العدا : قال ابن فارس في « معجم مقاييس اللغة » : العين والدا والحرّف المعتلّ أصل واحد صحيح يرجع إليه الفروع كلها ، وهو يدل على تجاوز في الشيء وتقدم لما ينبغي أن يقتصر عليه .

وقال الشاعر من البسيط كما في « النظم المستعذب » :  
إذا كنت في قوم عدى لست منهم فكل ما غلفت من خبيث وطيب  
ينفس : يحسد ، يقال : نفست عليّ : أي حسدت . فأراد : أن ذوي القرابة يحسد بعضهم بعضاً حسداً لا تفعله العدى ، وهم الغرباء الذين ليس بينهم قرابة .

فإنَّ وهبَ لبعضِ أولادِهِ دونَ بعضٍ ، أو فاضلَ بينهم . . صحَّ ذلك ، ولم يَأْثُمَ بِهِ ،  
غيرَ أَنَّهُ قد فعلَ مكروهاً ، وخالفَ السُّنَّةَ . وبِهِ قالَ مالكُ وأبو حنيفة .

وقالَ طاووسٌ ، وأحمدُ ، وإسحاقُ : ( لا تصحُّ الهبةُ ) .

وقالَ داودُ : ( تصحُّ ، ولكنَّ يجبُ عليه أن يرجعَ فيها ) .

دليلُنَا : قوله ﷺ في حديثِ النعمانِ بنِ بشيرٍ : « فأرجعُهُ » . فلولا أنَّ الهبةَ قدْ  
صحَّتْ . . لما أمرَهُ بالرجعةِ .

وفي روايةٍ : أنَّ النعمانَ بنَ بشيرٍ قالَ : يا رسولَ الله ! إنَّ أُمَّهُ قالتُ : لا أرضي حتَّى  
يشهدَ رسولُ الله ﷺ ، فلمَّا قالَ لَهُ ما قالَ مِنْ أَنَّهُ لَمْ يَنْحَلْ جميعَ وَلَدِهِ مثلهُ . . قالَ لَهُ  
النبيُّ ﷺ : « أشهدُ على هَذَا غَيْرِي » <sup>(١)</sup> فلو لَمْ تصحَّ الهبةُ . . لما أمرَهُ بأنَّ يُشهدَ عليه  
غيرَهُ ، وإنَّما أمتنعَ مِنْ أنْ يشهدَ على ذلكَ ؛ لئلاَّ يصيرَ ذلكَ سُنَّةً .

ورويَ : أنَّ أبا بكرٍ الصديقَ رضيَ اللهُ عنهُ : ( نَحَلَ عائشةَ جدادَ عشرينَ وسقاً مِنْ  
مالِهِ دونَ سائرِ أولادِهِ ) <sup>(٢)</sup> .

ورويَ : ( أنَّ عمرَ رضيَ اللهُ عنهُ وهبَ ابنَهُ عاصماً دونَ عبدِ الله وعبيدِ الله  
وزيدِ ) <sup>(٣)</sup> . وكذلكَ رويَ عن عبدِ الرحمنِ بنِ عوفٍ <sup>(٤)</sup> . ولا مخالفَ لَهُم .

(١) أخرجه عن النعمان مسلم (١٦٢٣) (١٧) ، وأبو داود (٣٥٤٢) ، والنسائي في « الصغرى »  
(٣٦٧٦) و (٣٦٨٠) ، وابن الجارود في « المنتقى » (٩٩٢) ، وابن ماجه (٢٣٧٥) في  
النحل والهبات . ويشهد له أيضاً لفظ : « لا تشهدني على جور » رواه البخاري (٢٦٥٠) ،  
ومسلم (١٦٢٣) (١٦) ، وعبد الرزاق في « المصنف » (١٦٤٩٤) وابن أبي شيبة في  
« المصنف » (٣١٦/٧) ، وغيرهم .

(٢) أخرجه عن عائشة الصديقة مالك في « الموطأ » (٧٥٢/٢) ، وابن سعد في « الطبقات » (١٩٤/٣)  
و (١٩٥) ، وعبد الرزاق في « المصنف » (١٦٥٠٧) ، وعن الشافعي البيهقي في « السنن الكبرى »  
(١٧٠/٦ و ١٧٨) في الهبات ، باب : ما يستدل به على أن أمره بالتسوية بينهم في العطية على الاختيار  
دون الإيجاب . الجداد : قطف الثمر عند نضجه كالحصاد في الزرع . وسيأتي قريباً .

(٣) أورده عن عمر الشافعي كما في « المختصر » (١٢٢/٣) ، وعنه البيهقي في « السنن الكبرى »  
(١٧٨/٦) في الهبات .

(٤) أورده عن عبد الرحمن بن عوف الشافعي في « المختصر » (١٢٢/٣ - ١٢٣) ، والبيهقي عنه =

ولا يَسْتَنكفُ أَنْ يَهَبَ الْقَلِيلَ ، ولا أَنْ يَتَّهَبَهُ ؛ لقوله ﷺ : « لَوْ أُهْدِيَ إِلَيَّ ذِرَاعٌ . . . لَقَبِلْتُ ، وَلَوْ دُعِيتُ إِلَى كُرَاعٍ . . . لَأَجَبْتُ »<sup>(١)</sup> .

مسألة : [قبول الهبة والهدية]<sup>(٢)</sup> :

الهبة والهدية صدقة التطوع حكمها واحد ، وكلُّ لَفْظٍ مِنْ هَذِهِ الْأَلْفَاظِ يَقُومُ مَقَامَ الْآخَرِ ، ولا يصحُّ شيءٌ مِنْ هَذَا كُلِّهِ إِلَّا بِالْإِجَابِ وَالْقَبُولِ ، ويكونُ الْقَبُولُ فِيهِ عَقِيبَ الْإِجَابِ ، كما قلنا في البيع .

وقال أبو العباس : يصحُّ أَنْ يَكُونَ الْقَبُولُ فِي ذَلِكَ مَتَرَاخِيًا عَنِ الْإِجَابِ<sup>(٣)</sup> ؛ لـ :  
( أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَهْدَى إِلَى النَّجَاشِيِّ وَكَانَ فِي أَرْضِ الْحَبَشَةِ )<sup>(٤)</sup> .

= في « السنن الكبرى » ( ١٧٨ / ٦ ) في الهبات .

(١) أخرجه عن أبي هريرة البخاري ( ٢٥٦٨ ) في الهبة ، و ( ٥١٧٨ ) في النكاح ، وأحمد في « المسند » ( ٤٢٤ / ٢ و ٤٧٩ ) والبيهقي في « السنن الكبرى » ( ١٦٩ / ٦ ) في الهبات وفي الباب :

عن أنس رواه الترمذي ( ١٣٣٨ ) في الأحكام وفي « الشماثل » ( ٣٣٧ ) وقال : حديث حسن صحيح ، وفي الباب : عن علي وعائشة ، والمغيرة وسلمان ومعاوية بن حيدة وعبد الرحمن بن أبي علقمة . وفيه لفظ : « لو دعيت إلى ذراع » و « لو أهدى إلي كراع » .  
الذراع : يريد لحم اليد من الحيوان . الكراع : هو من الحيوان ما دون الكعب من مستدق .

(٢) في نسخة : ( إذا ثبت هذا فإن ) .

(٣) في هامش نسخة : ( قال الشيخ أبو حامد في « التعليق » : ظاهر قول أبي العباس أن قبول الهبة يصح على التراخي ، وهو ظاهر الشريعة ، لأن النبي ﷺ أهدى إلى النجاشي ، ولا يزال الناس يفعلونه ، قال : وهذا عندي غلط ، لا تصحُّ الهبة حتى يكون القبول حوياً بالإيجاب ، لأنه تملك رقاب الأملاك في حال الحياة ، فأشبه البيع ، قال : والذي فعله النبي ﷺ ونقله الناس إنما هو إباحة وإذا أراد الهدية وكُلَّ الرسولَ الحامل لها حتى يوجب فيقرَّ للمهدى إليه فتملك بذلك . . . ) .

(٤) قال موسى بن عقبة عن أم كلثوم بنت أبي سلمة قالت : لما تزوج رسول الله ﷺ قال لها : « إني قد أهديت إلى النجاشي حلة وأواق من مسك ولا أرى النجاشي إلا قد مات ، ولا أرى هديتي إلا مردودة ، فإن ردت عليّ فهي لك . . . » رواه أحمد كما في « الفتح الرباني » ( ١٧١ / ١٥ ) . وفيه دلالة على أن الهدية والهبة لا تملكان إلا بالقبض . اهـ من « إرشاد الفقيه » ( ١٠٤ / ٢ ) . =

والأَوَّلُ أَصَحُّ ؛ لَأَنَّهُ تَمْلِكُ فِي حَالِ الْحَيَاةِ ، فَكَانَ الْقَبُولُ فِيهِ عَلَى الْفَوْرِ ، كَالْبَيْعِ .  
هَذَا نَقْلُ الْبَغْدَادِيِّينَ مِنْ أَصْحَابِنَا ، وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ وَأَبُو حَنِيفَةَ .

وَقَالَ الْمَسْعُودِيُّ [فِي «الِإِبَانَةِ» ق/ ٣٥٣] : الْهَدِيَّةُ لَا تَفْتَقِرُ إِلَى الْقَبُولِ .

وَقَالَ ابْنُ الصَّبَّاحِ : لَا تَفْتَقِرُ الْهَبَةُ وَالْهَدِيَّةُ وَصَدَقَةُ التَّطَوُّعِ إِلَى الْإِيجَابِ وَالْقَبُولِ ، بَلْ إِذَا وَجَدَ مِنْهُ مَا يَدُلُّ عَلَى التَّمْلِكِ . . . صَحَّ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ كَانَ يُهْدِي إِلَيْهِ ، فَيَقْبِضُهُ ، وَيَتَصَرَّفُ فِيهِ<sup>(١)</sup> ، وَلَمْ يُنْقَلْ فِي شَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ أَنَّ الرَّسُولَ أَوْجَبَ لَهُ ، وَلَا أَنَّهُ قَبِلَ . وَكَذَلِكَ : ( أَهْدَى إِلَى النَّجَاشِيِّ وَكَانَ فِي أَرْضِ الْحَبَشَةِ ) . وَمَا نُقِلَ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَمَرَ بِالْإِيجَابِ وَالْقَبُولِ . وَكَذَلِكَ النَّاسُ يَدْفَعُونَ صَدَقَاتِ التَّطَوُّعِ فَيَقْبِضُهَا الْمَدْفُوعُ إِلَيْهِمْ ، وَيَتَصَرَّفُونَ فِيهَا مِنْ غَيْرِ إِيجَابٍ وَقَبُولٍ ، وَلَمْ يُنْكَرْ هَذَا مِنْكَرٌ ، فَدَلَّ عَلَى أَنَّهُ إِجْمَاعٌ .

فَإِنْ قِيلَ : فَهَذِهِ إِبَاحَاتُ مَا ؟ فَالْجَوَابُ : أَنَّ النَّاسَ أَجْمَعُوا عَلَى تَسْمِيَةِ ذَلِكَ هَبَةً ، وَهَدِيَّةً ، وَصَدَقَةً ، وَلِأَنَّ الْإِبَاحَةَ تَخْتَصُّ بِالْمَبَاحِ لَهُ ، وَقَدْ كَانَ النَّبِيُّ ﷺ : ( إِذَا أَهْدَى إِلَيْهِ شَيْءٌ . . . يُهْدِيهِ إِلَى زَوْجَاتِهِ وَغَيْرِهِنَّ ، وَقَدْ أُهْدِيَ لَهُ حُلَّةٌ ، فَأَهْدَاهَا لِعَلِيِّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ )<sup>(٢)</sup> .

### وَالْمَذْهَبُ الْأَوَّلُ .

= وأورده ابن عبد البر في «الاستيعاب» ( ٤٨٩/٤ - ٤٩٠ ) هامش «الإصابة» ، وأيضاً من طريق موسى بن عقبة ابن حجر في «الإصابة» ( ١٤٧٢ ) قسم النساء ونسبه إلى ابن أبي عاصم في «الوحدان» ثم قال : ورواه مسدد عن مسلم بن خالد لكن لم ينسبها أخرجه ابن منده من طريقه فقال : أم كلثوم غير منسوبة .

وعن أم سلمة رضي الله عنها أخرجه ابن حبان في «الإحسان» ( ٥١١٤ ) بإسناد ضعيف ، وفيه : ( وَرُدَّتْ الْهَدِيَّةُ ، فَدَفَعَ النَّبِيُّ ﷺ إِلَى كُلِّ امْرَأَةٍ مِنْ نِسَائِهِ أَوْقِيَّةً مِنْ مَسْكٍ وَدَفَعَ الْحِلَّةَ وَسَائِرَ الْمَسْكِ لَأُمِّ سَلَمَةَ ) .

(١) يدل لذلك حديث الصعب بن جثامة عند البخاري ( ٢٥٧٣ ) في الهبة ، باب : قبول الهدية وفيه : ( أَنَّهُ أَهْدَى لِرَسُولِ اللَّهِ ﷺ حِمَاراً وَحَشِيّاً ) .

وعن عائشة الصديقة رواه البخاري ( ٢٥٧٤ ) : ( أَنَّ النَّاسَ كَانُوا يَتَحَرَّونَ بِهَدَايَاهُمْ يَوْمَ عَائِشَةَ ) .

وعن ابن عباس روى البخاري ( ٢٥٧٥ ) : ( أَهْدَتْ أُمُّ حَفِيدٍ إِلَى النَّبِيِّ ﷺ أَقْطاً وَسَمْنًا وَأَضْبَاءً . . . ) . وَفِي الْبَابِ الشَّيْءُ الْكَثِيرُ مِنْ هَذَا الْقَبِيلِ وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

(٢) أخرجه عن علي أبي الحسن مسلم ( ٢٠٧١ ) ، وأبو داود ( ٤٠٤٣ ) في اللباس ، والنسائي في =



**مسألة :** [لزوم الهبة بالقبض] :

ولا تلزم الهبة إلا بالقبض : فإذا وهب لغيره عيناً . فالواهب بالخيار : إن شاء أقبض الموهوب له ، وإن شاء لم يقبضه . وبه قال الثوري وأبو حنيفة .

وقال مالك : ( تلزم الهبة بالإيجاب والقبول من غير قبض ، فإن أمتنع الواهب من الإقباض . . رفعه الموهوب له إلى الحاكم ؛ ليُجبره على الإقباض ) ، كما قال في الرهن ، وقال : ( إذا أعار الرجل داره شهراً . . فقد لزم المعير ذلك ، وليس له أن يرجع في العارية قبل انقضاء الشهر ) .

دليلنا : ما روي : ( أن أبا بكرٍ نحل عائشة رضي الله عنها جدادَ عشرين وسقاً من ماله ، فلما حضرته الوفاة . . قال : يا بُنَيَّةُ ، ما أحدٌ أحبُّ إليَّ منك ولا أعزُّ عليَّ فقدأ منك ) . وفي رواية : ( ما أحدٌ أحبُّ إليَّ غنيَّ منك ، ولا أعزُّ عليَّ فقراً منك ، وإنِّي كنتُ نَحَلْتُكَ جدادَ عشرين وسقاً من مالي ، ووَدِدْتُ أَنَّكَ جَذَذْتَهُ وَحُزْتَهُ وَقَبَضْتَهُ ، وإنَّما هو اليومَ مالُ الوارثِ ، وإنَّما هم أخواك وأختاك ، فأقسموه على كتابِ الله ، فقالت : لو كان كذا وكذا - تعني : أكثر - لتركتُهُ ، أمّا أخوأي . . فنعم ، وأمّا أختاي . . فما لي إلا واحدة : أسماءُ ، فمن الأخرى ؟ ! فقال : إنَّه قد أُلقيَ في رُوعي - وفي رواية : أنَّ روحَ القدسِ نفثَ في رُوعي - أنَّ في بطنِ بنتِ خارجةٍ جاريةً وكانت زوجةً أبي بكرٍ بنتُ خارجةٍ حاملاً فولدت جاريةً ) .

قال : و( الروعُ ) - بضمِّ الراء - : الذَّهن ، و- بفتحها - : الزيادة .

ووجه الدلالة من الخبر : أنه كان وهبها في صحته ، وإنَّما لم يقبضها حتى مرضَ ، والإقباضُ في مرضِ الموتِ كالعطية ، والعطيةُ للوارث لا تصح .

وقيل : إنَّ الذي كان نَحَلَهَا ثمرةً نَحَلَ .

= « الصغرى » ( ٥٢٩٨ ) في الزينة .

وبنحوه عن علي أيضاً رواه البخاري ( ٢٦١٤ ) في الهبة ، ومسلم ( ٢٠٧١ ) ( ١٩ ) في اللباس . وفيه : ( فلبستها فرأيت الغضب في وجهه فشققتها بين نسائي ) .



وروي عن عُمرَ : أَنَّهُ قَالَ : ( لَا تَتَمُّ نِخْلَةٌ حَتَّى يَحُوزَهَا الْمُنْحُولُ ) <sup>(١)</sup> .

وروي ذلك : عن عثمان ، وأبنِ عُمرَ ، وأبنِ عَبَّاسٍ <sup>(٢)</sup> ، وعائشة <sup>(٣)</sup> ، ومعاذٍ ، وأنسٍ ، ولا مخالفَ لَهُمْ ، فدلَّ على أَنَّهُ إِجْمَاعٌ ، ولأنَّهَا هِبَةٌ لَمْ تُقْبَضْ ، فكانتْ غيرَ لازِمةٍ ، كما لو ماتَ الواهبُ قَبْلَ أَنْ يُقْبَضَ الموهوبُ ، فَإِنَّ وارثَ الواهبِ لا يجبرُ على الإقباضِ . وقد وافقنا مالكٌ على ذلك .

إِذَا ثَبَتَ هَذَا : فَإِنَّ الموهوبَ لَهُ لَيْسَ لَهُ أَنْ يَقْبِضَ إِلَّا بِإِذْنِ الواهبِ ، فَإِنْ قَبِضَ بِغَيْرِ إِذْنِهِ . . لَمْ يَصَحَّ الْقَبْضُ .

وقال أبو حنيفة : ( إِذَا قَبِضَ الموهوبُ لَهُ فِي مَجْلِسِ الهِبَةِ بِغَيْرِ إِذْنِ الواهبِ . . صَحَّ الْقَبْضُ ، وَإِنْ قَامَا مِنَ الْمَجْلِسِ . . لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَقْبِضَ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ) .  
دليلُنا : أَنَّهُ لَمْ يَأْذَنْ لَهُ فِي الْقَبْضِ ، فَلَمْ يَصَحَّ لَهُ قَبْضُهُ ، كما لو قَامَا مِنَ الْمَجْلِسِ قَبْلَ أَنْ يَأْذَنَ لَهُ .

فَرَعٌ : [القبض قبل الإيجاب والقبول] :

إِذَا أْذَنَ لَهُ بِقَبْضِ الْعَيْنِ الموهوبة قَبْلَ الْإِجَابِ وَالْقَبُولِ . . لَمْ يَصَحَّ الْإِذْنُ ، كما لو شَرَطَ الْمُتَبَايِعَانِ الْخِيَارَ قَبْلَ الْعَقْدِ .

وإِنْ قَالَ : وَهَبْتُكَ هَذِهِ الدَّارَ ، وَأْذَنْتُ لَكَ فِي قَبْضِهَا ، فَقَالَ الموهوبُ لَهُ : قَبِلْتُ . . ففِيهِ قَوْلَانِ :

أَحَدُهُمَا - وهو قولُ شيخنا الإمامِ زَيْدِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ الْيَفَاعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ - : أَنَّهُ

(١) روى خبر عمر الفاروق عن أبي موسى الأشعري ابن حزم في « المحلى » ( ١٢٥ / ٩ ) ، والبيهقي في « السنن الكبرى » ( ١٧٠ / ٦ ) في الهبات . وفي ( م ) : ( يقبضها ) بدل ( يحوزها ) .

(٢) رواه عن ثلاثهم ومعاذ وشريح رضي الله عنهم البيهقي في « السنن الكبرى » ( ١٧٠ / ٦ ) في الهبات .

(٣) ويدل على رأي عائشة الصديقة ما رواه عنها أحمد في « المسند » ( ٧٧ / ٦ ) بلفظ : « يا عائشة من أعطاك بغير مسألة فأقبله ، فإنما هو رزق عرضه الله لك » .

لا يَصْحُ<sup>(١)</sup> ؛ لَأَنَّهُ أَذِنَ فِي الْقَبْضِ قَبْلَ تَمَامِ الْعَقْدِ . . فَلَمْ يَصْحَ ، كَمَا لَوْ أَذِنَ لَهُ فِي الْقَبْضِ قَبْلَ الْعَقْدِ .

ولأنَّه فصل بين الإيجاب والقبول بالإذن ، فلم يَصْحَ ، كما لو فصل بينهما بكلام .  
و[الثاني] : قال القاضي أبو الطيب في « المنهاج » ، والشيخ أبو إسحاق في « التعليقة » : بالخلاف - أي - يَصْحُ .

ووجه ذلك عندي : أَنَّ الإذن شرط في الهبة ، فلم يفصل بين الإيجاب والقبول ، كذكر الثمن في البيع<sup>(٢)</sup> .

فرع : [رجوع الواهب قبل الإقباض] :

إذا وهب له عيناً ، وأذن له في قبضها ، ثم رجع الواهب عن الإذن قبل القبض . . بطل الإذن ؛ لأنَّ الإذن يبطل بالرجوع .

وإنَّ وهبه عيناً ، ثم باعها الواهب قبل القبض . . قال ابن الصبَّاح : فإنَّ اعتقد أنَّ الهبة ما تمت . . صحَّ بيعه ، وبطلت الهبة . وإنَّ كان يعتقد أنَّ الهبة قد تمت قبل القبض . . فهل يَصْحُ بيعه ؟ فيه وجهان :

أحدهما : لا يَصْحُ بيعه ؛ لَأَنَّهُ عَقْدٌ وَهُوَ مُتْلَاعِبٌ ، وَأَنَّهُ لَيْسَ بَبَيْعٍ .

والثاني : يَصْحُ ؛ لَأَنَّهُ بَيْعٌ صَادَفَ مِلْكَهُ .

وإذا قبض الموهوب له العين الموهوبة بإذن الواهب . . فقد ملكها ، ومتى يملكها ؟ فيه وجهان :

(١) في هامش نسخة : ( يريد أنه لا يصح الإذن قبل وقته ، فأشبه الإذن قبل الإيجاب ، ولأنَّه فصل بين الإيجاب والقبول فلم يَصْحَ ) .

(٢) في هامش نسخة : ( لأن ذلك وقت يسير فلم يفصل ، بدليل أن الشافعي نصَّ : أن المرأة لو استدعت الطلاق بعوض ثم ارتدت لم يكن فاصلاً ، وأما كون الإذن لا يصح قبل القبض فلا يبعد أن يصير كما قالوا في عقد الرهن مع عقد البيع بحيث لا يكون أحد شقي الرهن قبل لفظ البيع من الجانبين . إسماعيل الحضرمي ) .

[أحدهما] : مِنْ أَصْحَابِنَا مَنْ قَالَ : تَبَيَّنَ الْمِلْكُ أَنَّهُ مُلْكٌ بِالْعَقْدِ ، فَإِنْ حَدَثَ فِي الْعَيْنِ الْمَوْهُوبَةِ نَمَاءٌ بَعْدَ الْعَقْدِ وَقَبْلَ الْقَبْضِ . . كَانَ مِلْكًا لِلْمَوْهُوبِ لَهُ ؛ لِأَنَّ الشَّافِعِيَّ قَالَ : ( لَوْ وَهَبَ لَهُ عَبْدًا قَبْلَ أَنْ يُهْلَ هِلَالُ شَوَّالٍ ، وَقَبْضُهُ بَعْدَ مَا أَهَلَ . . فَإِنَّ زَكَاةَ الْفَطْرِ عَلَى الْمَوْهُوبِ لَهُ ) .

والثاني - وهو المنصوص - : ( أَنَّهُ مَلَكَهُ مِنْ حِينِ الْقَبْضِ ) .

فعلى هذا : يَكُونُ النَّمَاءُ الْحَادِثُ بَعْدَ الْعَقْدِ وَقَبْلَ الْقَبْضِ لِلْوَاهِبِ ؛ لِأَنَّ الْهَبَةَ لَا تَتِمُّ إِلَّا بِالْقَبْضِ ، فَلَا يَقَعُ الْمِلْكُ لِلْمَوْهُوبِ قَبْلَهُ ، كَمَا لَا يَمْلِكُ قَبْلَ تَمَامِ الْعَقْدِ .  
وما حُكِيَ عَنِ الشَّافِعِيِّ : فَإِنَّمَا فَرَّعَهُ عَلَى مَذْهَبِ مَالِكٍ . هَذَا نَقْلُ أَصْحَابِنَا الْبَغْدَادِيِّينَ . وَحَكَى الْمَسْعُودِيُّ [فِي « الْإِبَانَةِ » ق/ ٣٥٤] هَذَيْنِ الْوَجْهَيْنِ قَوْلَيْنِ .

فرع : [موت الواهب قبل الإقباض] :

إِذَا مَاتَ الْوَاهِبُ بَعْدَ الْعَقْدِ وَقَبْلَ الْقَبْضِ . . فَهَلْ تَبَطَّلَ الْهَبَةُ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ :

أحدهما : تَبَطَّلَ الْهَبَةُ ؛ لِأَنَّهَا عَقْدٌ غَيْرُ لَازِمٍ ، فَبَطَلَتْ بِالمَوْتِ ، كَالْوَكَالَةِ .

والثاني - وهو المنصوص - : ( أَنَّهَا لَا تَبْطُلُ ) ؛ لِأَنَّهَا عَقْدٌ يُؤْوِلُ إِلَى اللُّزُومِ ، فَلَمْ تَبْطُلْ بِالمَوْتِ ، كَالْبَيْعِ بِشَرْطِ الْخِيَارِ . هَذَا نَقْلُ الْبَغْدَادِيِّينَ مِنْ أَصْحَابِنَا .

وَقَالَ الْمَسْعُودِيُّ [فِي « الْإِبَانَةِ » ق/ ٣٥٣] : إِذَا مَاتَ أَحَدُهُمَا بَعْدَ الْعَقْدِ وَقَبْلَ الْقَبْضِ ، فَإِنْ قُلْنَا : إِنَّهَا تَمْلِكُ بِالْقَبْضِ . . بَطَلَ الْعَقْدُ . وَإِنْ قُلْنَا : تَبَيَّنَ بِالْقَبْضِ أَنَّهُ مِلْكٌ بِالْعَقْدِ . . فَفِيهِ وَجْهَانِ :

أحدهما : يَبْطُلُ الْعَقْدُ ؛ لِأَنَّ الْقَبْضَ رَكْنٌ فِي الْهَبَةِ ، كَمَا أَنَّ الْقَبُولَ رَكْنٌ فِي الْبَيْعِ ، وَمَعْلُومٌ أَنَّ الْبَيْعَ يَبْطُلُ بِمَوْتِ أَحَدِهِمَا بَعْدَ الْإِيجَابِ وَقَبْلَ الْقَبُولِ ، فَكَذَلِكَ هَذَا مِثْلُهُ .

والثاني : لَا يَبْطُلُ . وَهُوَ الْأَصَحُّ ؛ لِأَنَّ الْعَقْدَ قَدْ تَمَّ إِلَّا أَنَّ إِمْضَاءَهُ مَوْقُوفٌ عَلَى الْقَبْضِ ، فَصَارَ كَالْبَيْعِ بِشَرْطِ الْخِيَارِ .

فرعٌ : [أذن بالقبض ثم مات] :

إذا أذن له في القبض ، ثم مات الواهب أو الموهوب له قبل القبض ، وقلنا : لا تبطل الهبة . . بطل الإذن ؛ لأنه جائز ، فبطل بالموت .

قال أبو العباس : إذا بعث رجل مع رجل هدية إلى رجل ، فمات المهدي قبل أن يقبض المهدى إليه الهدية . . كان ذلك لورثة المهدي .

وكذلك إذا اشترى الحاج هدايا لأهل بيته وأصدقائه ، فمات قبل أن يصل . . كان ذلك لورثته ؛ لأن ملكه لم يزُلْ عن ذلك كله .

فرعٌ : [وهبه وأقبضه ثم نكل] :

إذا قال : وهبت داري هذه من فلان ، وأقبضته إيّاها ، فصدقه المقر له . . قبل إقراره ، وحكم للموهوب له بملك الدار .

فإن قال الواهب : لم أكن أقبضته ، فحلّفوه أنني أقبضته :

قال الشافعي : ( أخلف المقر له ؛ لجواز أنه لم يكن أقبضه ) .

وإن قال : وهبت له هذه الدار ، وخرجت إليه منها . . قال الشافعي : ( لم يكن ذلك إقراراً منه بالقبض ؛ لأن قوله : خرجت إليه منها يحتمل أنه أراد بالهبة ) .

وإن قال : وهبت له هذه الدار وملكها . . لم يكن إقراراً منه بالقبض ؛ لجواز أن يعتقد أن القبض ليس بركن في الهبة ، وأنه لا يُفتقر إليه في لزوم الهبة على مذهب مالك .

فرعٌ : [كساه ولم يرد الهبة] :

قال الطبري : إذا قال رجل لآخر : كسوتك هذا الثوب ، ثم قال : لم أريد الهبة . . قبل قوله . وقال أبو حنيفة : ( لا يُقبل ) .

دليلنا : أن هذا اللفظ يصلح للإعارة والهبة ، فهو كما لو قال : حملتك على دابتي ، أو أخدمتك جاريتي .

وإن قال : أطعمتك هذا الطعام ، فأقبضه ، ثم قال : ما أردت به الهبة . . فهل يُقبل قوله ؟ فيه قولان<sup>(١)</sup> :

أحدهما : لا يُقبل . وهو قول أبي حنيفة ؛ لأنه لا يطعم إلا ما ملكه .

والثاني : يُقبل ؛ لأن اللفظ يصلح للإباحة دون التملك ، فهو كما لو قال : أطعمتك أرضي .

وإن قال لرجل : لك هذه الأرض ، فأقبضها . . لم يكن صريحاً في الهبة .

وقال أبو حنيفة : ( يكون صريحاً فيها ) .

دليلنا : أن هذا اللفظ يصح من غير مالك على وجه الخبر ، فهو كما لو قال : هذه الدار لك ، ولم يقبضها .

وإن قال : منحتك هذه الدار ، أو هذا الثوب ، وقال : قبلت ، وأقبضه . . كان ذلك هبة .

وقال أبو حنيفة : ( لا يكون هبة إلا أن يُريدها ، وتكون عارية ) .

دليلنا : أنه لفظ يصلح للتمليك ، فكان صريحاً في التملك ، كلفظ الهبة .

**مسألة :** [ ما صح هبة كله صح هبة بعضه ] :

كل عين صحَّت هبتها . . صح هبة جزء منها مشاع . وبه قال مالك .

وقال أبو حنيفة : ( إن كانت مما لا ينقسم كالعبد والدابة والثوب وما أشبهها . .

صحَّت هبة جزء منها مشاع . وإن كانت مما ينقسم كالدار والأرض والطعام . . لم يصح هبة جزء منها مشاع من الشريك ولا من غيره ) .

قال : ( وإن كان بين رجلين دار فوهباها لرجل بينهما . . صحَّت الهبة . وإن وهب

الرجل داره لرجلين . . لم يصح ) .

(١) في ( م ) : ( وجهان ) .



وقال أبو يوسف ومحمد : يصح هاهنا ، وإجارة المشاع عند أبي حنيفة لا تصح من الشريك ولا من غيره ، ورهن المشاع عنده لا يصح بحال .

دليلنا : ما روى أبو قتادة قال : خرجنا مع رسول الله ﷺ حتى أتينا الروحاء ، فوجدنا حمار وحش معقوراً ، فأردنا أخذه ، فقال النبي ﷺ : « دعوهُ ، فإنه يوشك أن يجيء صاحبه » فجاء رجل من فهر - وكان هو الذي عقره - فقال : هو لكم يا رسول الله ، فقال النبي ﷺ لأبي بكر : « اقسمه بين الناس »<sup>(١)</sup> . فوجه الدليل من الخبر : أن الرجل وهب النبي ﷺ وأصحابه الحمار مشاعاً ، فدل على جواز هبة المشاع ، ولأنه مشاع يصح بيعه . فصحت هبته ، كالذي لا ينقسم .

إذا ثبت هذا : فإن كان الموهوب ممّا لا يُنقل ولا يُحوّل ، كالأرض والدور :

قال الشيخ أبو حامد : فإن القبض فيه أن يخلّي بينه وبينه<sup>(٢)</sup> فيحضره إياه ، ويقول : خلّيت بينك وبينه فتسلّمه .

وإن كان ممّا يُنقل ويُحوّل . . فإن القبض لا يحصل فيه إلا بالنقل ، فإن رضي الشريك الذي لم يهب أن يكون ذلك الشيء في يد الموهوب له . . جاز ، فيكون نصفه له ونصفه وديعة . وإن لم يرض الشريك الذي لم يهب بذلك ، فإن وكل الموهوب له الشريك ليقبض له . . صح . وإن لم يرض واحد منهما . . نصّب الحاكم أميناً ليقبض ذلك الشيء ، وينقله ، ويكون في يده أمانة للموهوب والشريك .

فرع : [الهبة لرجلين] :

وإن وهب رجل لرجلين شيئاً ، فقبل أحدهما دون الآخر . . صحّت الهبة في نصفه للذي قبل ؛ لأن عقد الواحد مع الاثنين بمنزلة العقدتين .

(١) سلف عن أبي قتادة ، وذكره الحافظ ابن حجر في « تلخيص الحبير » ( ٢٩٧ / ٢ ) بما لا مزيد عليه .

(٢) أي بين الموهوب له والموهوب .

فرعٌ : [ ما لا يصح بيعه لا تصح هبته ] :

وما لا يصحُّ بيعُهُ مِنَ المجهول ، وما لا يُقدَّرُ على تسليمه ، وما لم يتمَّ ملكُهُ عليه . . لا تصحُّ هبته ؛ لأنَّه عقدٌ تمليك في حال الحياة ، فلم يصحَّ فيما ذكرناه ، كالبيع .  
فإنَّ وَهَبَهُ عِيناً مجهولة . . لم تصحَّ الهبة .  
وقال مالك : ( تصحُّ الهبة ) .

دليلنا : أنَّه تمليك لا يتعلَّق بِخَطَرٍ ، فلم يصحَّ في المجهول ، كالبيع . وقوله :  
( بِخَطَرٍ ) احترازٌ مِنَ الوصية .

وإنَّ وَهَبَ المَغْصُوبُ مِنْهُ العَيْنَ المَغْصُوبَةَ مِنْهُ للغاصب . . صحَّتِ الهبة . وهل تفتقرُ إلى الإذنِ بالقبضِ ؟ على وجهين<sup>(١)</sup> . مضى ذكرُهُما في الرهن .

وإنَّ وَهَبَهَا لغيرِ الغاصبِ مِمَّنْ يَقْدِرُ على أَنْتِزَاعِهَا مِنَ الغاصبِ . . صحَّتِ الهبة ، فإذا أذنَ لَهُ في القبضِ ، فقبْضُهُ . . لزمتِ الهبة . وإنَّ وَكَّلَ الغاصبَ في القبضِ لَهُ ، فمضى زمانٌ يمكنُ فيه القبضُ . . صارت مقبوضةً للموهوبِ لَهُ ، وزالَ الضمانُ عَنِ الغاصبِ ؛ لأنَّ المِلْكَ الَّذِي صارَ مضموناً زالَ ، وصارَ مقبوضاً لِمَالِكٍ آخَرَ بِإِذْنِهِ ، بخلافِ ما إذا وَهَبَهُ الغاصبُ ، وأذنَ لَهُ في قبْضِهِ . . فإنَّ الضمانَ لا يزولُ عَنْهُ ؛ لأنَّ المِلْكَ باقٍ لَمْ يزلْ .

وإنَّ وَهَبَ المعيرُ العَيْنَ المستعارةَ مِنْهُ للمستعيرِ . . صحَّتِ الهبة . فإنَّ أذنَ لَهُ في القبضِ ، ومضى زمانٌ الإمكانِ . . صارَ مقبوضاً عَنِ الهبة .

وإنَّ وَهَبَهَا لغيرِ المستعيرِ . . صحَّتِ الهبة ، فإنَّ وَكَّلَهُ في القبضِ ، ومضى زمانُ الإمكانِ . . صارت مقبوضةً للموهوبِ لَهُ ، وبطلتِ العاريةُ ؛ لزوالِ ملكِ المعيرِ .

فرعٌ : [ هبة العين المؤجرة ] :

وإنَّ وَهَبَ المؤاجِرُ العَيْنَ المستأجرةَ لغيرِ المستأجرِ . . ففيه وجهان ، بناءً على القولين في جوازِ بيعِها :

(١) في ( م ) : ( طريقين ) .

فإن قلنا : تصح هبتها . فهل تصح هبة العين المرهونة بغير إذن المرتهن ؟ فيه وجهان ، حكاهما المسعودي [في « الإبانة » ق/ ٣٥٣] :

أحدهما : يصح ، كما تصح هبة المستأجر ، ولا يبطل الرهن ، بل إذا أنفك الرهن . . سلّم في الهبة ، كما تسلّم العين المستأجرة بعد أنقضاء الإجارة .

والثاني : لا تصح الهبة ؛ لأنّ الهبة تصرف بإزالة الملك ، والراهن ممنوع من التصرف بما يزيل الملك ، كما لا يجوز له بيع الرهن .

وهل تصح هبة الأرض المزروعة دون زرعها ؟ فيه وجهان ، حكاهما الطبري في « العدة » .

فرع : [تعلق الهبة على شرط مستقبل] :

ولا يجوز تعليق الهبة على شرط مستقبل ، كما قلنا في البيع .

وهل تبطل الهبة بالشروط الفاسدة ؟ فيه وجهان ، حكاهما الطبري في « العدة » :

أحدهما : تبطل - وهو المشهور - كما قلنا في البيع .

والثاني : تصح الهبة ويبطل الشرط ، كما قلنا في العمرى والرقي . فإذا قلنا

بهذا : فوهبة جارية حاملاً ، وأستثنى الواهب حملها . . بقي الحمل للواهب .

مسألة : [يقبل الهبة للصبي وليه] :

قال الشافعي : ( ويقبض للطفل أبوه ) .

وجملة ذلك : أنّه إذا وهب غير وليّ الطفل للطفل هبة : فإن كان له أب أو جد ،

وكان عدلاً . . قبل له الهبة ، وقبض له ؛ لأنّه هو المتصرف عنه . وإن كان فاسقاً . . لم

يصح قبوله ولا قبضه ؛ لأنّه لا ولاية له عليه مع الفسق .

وإن لم يكن له أب ولا جد ، وكان الناظر في ماله الوصي من قبليهما ، أو الأمين من

قبل الحاكم . . قبل له الهبة ، وقبض له ؛ لأنّه المتصرف عنه .

وإن كان الواهب للطفل هو وليه : فإن كان الولي عليه الوصي ، أو الحاكم ، أو

أَمِينُهُ . . لَمْ يَصَحَّ قَبُولُهُ لَهُ مِنْ نَفْسِهِ وَلَا قَبْضُهُ ، بَلْ يُنْصَبُ لَهُ الْحَاكِمُ أَمِيناً لِيَقْبَلَ لَهُ  
الْهَبَةَ ، وَيَقْبُضَ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَصَحُّ أَنْ يَبِيعَ مَالَهُ بِمَالِهِ ، فَلَمْ يَصَحَّ قَبُولُهُ لَهُ .  
وَإِنْ كَانَ وَلِيُّهُ أَبَاهُ أَوْ جَدَّهُ . . صَحَّ أَنْ يَقْبَلَ لَهُ الْهَبَةُ مِنْ نَفْسِهِ ؛ لِأَنَّهُ يَجُوزُ لَهُ أَنْ يَبْتَاعَ  
مَالَهُ بِمَالِهِ .

قَالَ الْمَسْعُودِيُّ [فِي «الْإِبَانَةِ» ق/٣٥٢] : وَهَلْ يَفْتَقِرُ إِلَى أَنْ يَتَلَفَّظَ بِالْإِيجَابِ  
وَالْقَبُولِ ، أَوْ يَكْفِيهِ أَحَدُهُمَا ؟ فِيهِ وَجْهَانِ ، وَالْمَشْهُورُ : أَنَّهُ لَا بَدَّ أَنْ يَتَلَفَّظَ بِهِمَا .  
وَأَمَّا الْقَبْضُ :

فَإِنْ قُلْنَا : إِنَّهُ إِذَا وَهَبَ لغيرِهِ وَدِيعَةً فِي يَدِهِ لَا تَحْتَاجُ إِلَى الْقَبْضِ . . صَارَ ذَلِكَ  
مَقْبُوضاً لَهُ . وَإِنْ قُلْنَا : لَا بَدَّ مِنَ الْقَبْضِ فِي هَبَةِ الْوَدِيعَةِ . . فَلَا بَدَّ أَنْ يَقُولَ هَاهُنَا :  
وَقَبَضْتُ لَهُ مِنْ نَفْسِي .

وَإِنْ وَهَبَ الرَّجُلُ لِابْنِهِ الْبَالِغِ . . لَمْ يَصَحَّ حَتَّى يَقْبَلَ الْابْنُ الْهَبَةَ ، أَوْ وَكِيلُهُ . فَإِنْ  
قَبِلَ لَهُ الْأَبُ الْهَبَةَ . . لَمْ يَصَحَّ .

وَقَالَ ابْنُ أَبِي لَيْلَى : يَصَحُّ إِذَا كَانَ يَعُولُهُ<sup>(١)</sup> .

دَلِيلُنَا : أَنَّهُ لَا وِلَايَةَ لَهُ عَلَيْهِ بَعْدَ الْبُلُوغِ ، فَلَمْ يَصَحَّ قَبُولُهُ لَهُ ، كَمَا لَوْ كَانَ لَا  
يَعُولُهُ .

فَرَعٌ : [الْهَبَةُ لِلْغَائِبِ لَا يَقْبُضُهَا الْوَكِيلُ] :

قَالَ أَبُو الْعَبَّاسِ : فَإِنْ وَهَبَ رَجُلٌ لِرَجُلٍ غَائِبٍ هَبَةً ، فَوَكَّلَ الْوَاهِبُ رَجُلًا لِيَقْبَلَ  
الْهَبَةَ لِلْغَائِبِ مِنْهُ ، وَيَقْبُضَهَا مِنْهُ . . لَمْ يَصَحَّ ؛ لِأَنَّ الْوَاهِبَ لَا وِلَايَةَ لَهُ عَلَى الْغَائِبِ<sup>(٢)</sup> ،  
فَلَمْ يَصَحَّ تَوَكِيلُهُ عَنْهُ .

(١) وجاء عند عبد الرزاق في «المصنف» (١٦٥٤٦) كان ابن أبي ليلى يقول : يرجع فيها دون  
القاضي .

(٢) روى عبد الرزاق في «المصنف» (١٦٥٥٣) عن سفيان قال : لا يرجع الواهب في هبته إذا  
كان الموهوب له غائبا .

**مسألة :** [رجوع الأصل في هبته لفرعه] :

وإذا وهب أحد الأبوين لولده شيئاً . . جاز له الرجوع فيه ، سواءً أقبضه إياه ، أو لم يقبضه .

وكذلك إذا وهب أحد الأجداد ، أو الجدات من قبل الأب ، أو الأم وإن علا شيئاً لولد الولد وإن سفل ، وأقبضه . . فله أن يرجع عليه . هذا نقل البغداديين من أصحابنا ، وبه قال الأوزاعي ، وأحمد ، وإسحاق .

وحكى الخراسانيون : أن الجدات من قبل الأب والأم ، والأجداد من قبل الأم ، هل يصحّ لهم الرجوع فيما وهبوه لولد الولد ؟ فيه قولان ؛ لأنهم لا يملكون التصرف في مال الولد بأنفسهم ، فليس<sup>(١)</sup> لهم الرجوع في الهبة .

وقال أبو العباس ابن سريج : إنما يرجع الأب في هبته لولده إذا قال : إنما قصدت بالهبة ليزيد في بري ، أو يترك عقوقه ، ولم يفعل . فأما إذا أطلق الهبة . . فإنه لا يرجع فيها .

**والمشهور من المذهب : هو الأول .**

وقال أبو حنيفة والثوري : ( إذا وهب الوالد لولده ، وأقبضه . . لم يكن له أن يرجع عليه ) .

وقال مالك : ( إذا وهب الوالد لولده هبة ، فإن ظهر نفعها للولد ، بأن أمتنه الناس فبايعوه أو زوجوه . . لم يكن له أن يرجع عليه ، وإن لم يظهر نفعها له . . جاز له الرجوع عليه ) .

**دليلنا :** حديث النعمان بن بشير : أن النبي ﷺ قال له : « فأرجعه » .

وروى ابن عباس وأبن عمر : أن النبي ﷺ قال : « لا يحل لرجل أن يعطي عطية ،

(١) في ( م ) : ( فلم يكن ) .



أَوْ يَهَبَ هِبَةً فَيَرْجِعَ فِيهَا ، إِلَّا الْوَالِدَ فِيمَا وَهَبَ لِوَلَدِهِ <sup>(١)</sup> .

فَأَمَّا إِذَا وَهَبَ لغيرِ وَلَدِهِ ، أَوْ وَلَدٍ وَلَدِهِ ، وَإِنْ سَفَلَ . . فليسَ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ فِي هِبَتِهِ لَهُ بَعْدَ إِقْبَاضِهِ لَهُ ، سِوَاءَ كَانَ ذَا رَحِمٍ مَحْرَمٍ ، أَوْ أَجْنَبِيًّا .

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : ( إِذَا وَهَبَ لذي رَحِمٍ مَحْرَمٍ ، بَحِثْ لَوْ كَانَ أَحَدُهُمَا أَنْثَى وَالْآخَرُ ذَكَرًا . . لَمْ يَحِلَّ لَهُ نِكَاحُهَا ، مِثْلُ : أَنْ يَهَبَ لِأَبِيهِ ، أَوْ لَجَدِّهِ ، أَوْ لَعَمِّهِ ، أَوْ لَخَالِهِ . . لَمْ يَجُزْ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ عَلَيْهِ بَعْدَ الْإِقْبَاضِ ، وَهَكَذَا إِذَا وَهَبَ أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ لِلْآخَرِ . وَإِنْ وَهَبَ لغيرِ ذِي رَحِمٍ مَحْرَمٍ ، مِثْلُ : أَنْ يَهَبَ لِابْنِ عَمِّهِ ، أَوْ لِابْنِ خَالِهِ ، أَوْ لِابْنَةِ عَمِّهِ ، أَوْ كَانَ أَجْنَبِيًّا مِنْهُ . . فَيَجُوزُ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ عَلَيْهِ فِي هِبَتِهِ لَهُ بَعْدَ الْإِقْبَاضِ ) ؛ لَمَّا رَوَى عَنْ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : أَنَّهُ قَالَ : ( مَنْ وَهَبَ لذي رَحِمٍ مَحْرَمٍ هِبَةً . . فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ فِيهَا ، وَمَنْ وَهَبَ لغيرِ ذِي رَحِمٍ مَحْرَمٍ . . فَلَهُ أَنْ يَرْجِعَ عَلَيْهِ إِلَّا أَنْ يُثْبِتَهُ عَلَيْهِ ) <sup>(٢)</sup> .

دَلِيلُنَا : مَا رَوَى أَبُو عَبَّاسٍ ، وَأَبْنُ عُمَرَ : أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « لَا يَحِلُّ لِلرَّجُلِ أَنْ يُعْطِيَ عَطِيَّةً ، أَوْ يَهَبَ هِبَةً فَيَرْجِعَ فِيهَا ، إِلَّا الْوَالِدَ فِيمَا أُعْطِيَ وَلَدَهُ . وَمِثْلُ الرَّاجِعِ فِي هِبَتِهِ كَمِثْلِ الْكَلْبِ قَاءَ بَعْدَ مَا شَبِعَ ، ثُمَّ رَجَعَ فِي قَيْئِهِ » وَهَذَا أَوَّلِي مِنْ حَدِيثِ عُمَرَ . وَقَدْ رَوَى عَنْ أَبِي عُمَرَ ، وَابْنِ عَبَّاسٍ مَا يَخَالِفُ قَوْلَ عُمَرَ أَيْضًا .

(١) أَخْرَجَهُ عَنْ ابْنِ عُمَرَ وَابْنِ عَبَّاسٍ أَبُو دَاوُدَ ( ٣٥٣٩ ) فِي الْبَيْوعِ ، وَالتِّرْمِذِيُّ ( ٢١٣٣ ) فِي الْوَلَاءِ ، وَالنَّسَائِيُّ فِي « الصَّغَرَى » ( ٣٦٩٠ ) وَ ( ٣٦٩١ ) فِي الْهَبَةِ ، وَابْنُ مَاجَهَ ( ٢٣٧٧ ) ، وَابْنُ حِبَّانَ فِي « الْإِحْسَانِ » ( ٥١٢٣ ) ، وَالدَّارَقُطْنِيُّ فِي « السَّنَنِ » ( ٤٢ / ٣ ) ، وَابْنُ أَبِي شَيْبَةَ فِي « السَّنَنِ الْكُبْرَى » ( ١٧٩ / ٦ ) فِي الْهَبَاتِ وَإِسْنَادُهُ صَحِيحٌ .

قَالَ التِّرْمِذِيُّ : هَذَا حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ .

قَالَ الشَّافِعِيُّ : لَا يَحِلُّ لِمَنْ وَهَبَ هِبَةً أَنْ يَرْجِعَ فِيهَا إِلَّا الْوَالِدَ فَلَهُ أَنْ يَرْجِعَ فِيمَا أُعْطِيَ وَلَدَهُ وَاحْتِجَ بِهَذَا الْحَدِيثِ ، وَفِي الْبَابِ :

أَخْرَجَهُ عَنْ طَاوُوسٍ مَرْسَلًا الشَّافِعِيُّ فِي « تَرْتِيبِ الْمَسْنَدِ » ( ٥٨٤ / ٢ ) ، وَعَبْدُ الرَّزَّاقِ فِي « الْمَصْنَفِ » ( ١٦٥٤٢ ) .

(٢) أَخْرَجَ خَبْرَ عُمَرَ مِنْ طَرُقِ مَالِكٍ فِي « الْمَوْطَأِ » ( ٧٥٤ / ٢ ) ، وَمِنْ طَرِيقِ ابْنِ وَهَبٍ عَبْدُ الرَّزَّاقِ مَطْوَلًا فِي « الْمَصْنَفِ » ( ١٢٦٧١ ) فِي بَابِ نِكَاحِ نِسَاءِ أَهْلِ الْكِتَابِ وَ ( ١٦٥٢٤ ) فِي الْمَوَاهِبِ ، بَابُ : الْهَبَاتِ ، وَعَنْ ابْنِ الْمُسَيْبِ عَنْهُ ( ١٦٥١٩ ) ، وَعَنْ ابْنِ عُمَرَ عَنْهُ ( ١٦٥٢٧ ) ، وَعَنْ إِبْرَاهِيمَ عَنْهُ ( ١٦٥٢٠ ) وَ ( ١٦٥٢٨ ) ، وَابْنُ حَزْمٍ فِي « الْمَحَلِّ » ( ١١٩ / ٩ ) وَ ( ١٢٨ ) .

فرعٌ : [الصدقة على الولد] :

وإنَّ تَصَدَّقَ عَلَى ابْنِهِ وَأَقْبَضَهُ . . فهل يثبتُ لَهُ الرجوعُ عَلَيْهِ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ :

[أحدهما] : مِنْ أَصْحَابِنَا مَنْ قَالَ : لَا يَصِحُّ رُجُوعُهُ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ بِالصَّدَقَةِ الْقُرْبَةَ إِلَى اللَّهِ تَعَالَى ، فَلَمْ يَصَحَّ لَهُ الرَّجُوعُ فِيهَا بَعْدَ لُزُومِهَا ، كَالْعَتَقِ ، وَالْقَصْدَ بِالْهَبَةِ صَلََةُ الرَّحِمِ ، وَإِصْلَاحُ حَالِ الْوَلَدِ .

والثاني - وهو المنصوصُ في « حرمله » - : ( أَنَّ لَهُ أَنْ يَرْجَعَ ؛ لِأَنَّ الصَّدَقَةَ تَفْتَقِرُ إِلَى مَا تَفْتَقِرُ إِلَيْهِ الْهَبَةُ ، مِنْ الْإِيجَابِ وَالْقَبُولِ وَالْإِذْنِ بِالْقَبْضِ ، وَالْقَبْضِ ) فَكَانَ حَكْمُهَا حَكْمَ الْهَبَةِ فِي الرَّجُوعِ ، بِخِلَافِ الْعَتَقِ .

وإنَّ تَدَاعَى رَجُلَانِ نَسَبَ مَوْلُودٍ ، وَوَهَبَا لَهُ قَبْلَ أَنْ يُلْحَقَ بِأَحَدِهِمَا . . لَمْ يَجُزْ لِأَحَدِهِمَا أَنْ يَرْجَعَ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ بُنُوَّتَهُ لَمْ تَثْبُتْ مِنْ أَحَدِهِمَا . فَإِنْ لَحِقَ بِأَحَدِهِمَا . . ففيهِ وَجْهَانِ :

أحدهما : يَجُوزُ لَهُ الرَّجُوعُ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ بُنُوَّتَهُ ثَبَتَتْ مِنْهُ .

والثاني : لَا يَجُوزُ لَهُ الرَّجُوعُ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ كَانَ لَا يَجُوزُ لَهُ الرَّجُوعُ عَلَيْهِ فِي حَالِ الْعَقْدِ .

فرعٌ : [وهب الولد فمات فورثه ابنه] :

وإنَّ وَهَبَ الرَّجُلُ لَوْلَدِهِ هَبَةً ، وَأَقْبَضَهُ إِيَّاهَا ، ثُمَّ وَهَبَهَا الْوَلَدُ لَوْلَدِهِ ، أَوْ مَاتَ الْوَلَدُ وَوَرِثَهُ وَلَدُهُ . . فهل يَجُوزُ لِلْجَدِّ أَنْ يَرْجَعَ فِيهَا ؟ فِيهِ وَجْهَانِ :

أحدهما : يَجُوزُ لَهُ الرَّجُوعُ فِيهَا ؛ لِأَنَّ لِلْجَدِّ أَنْ يَرْجَعَ عَلَى وَلَدِ الْوَلَدِ فِيمَا وَهَبَ لَهُ وَهِيَ فِي مِلْكِهِ .

والثاني : لَا يَرْجِعُ فِيهَا ، وَهُوَ الْأَصَحُّ ؛ لِأَنَّ الْمِلْكَ لَمْ يَنْتَقِلْ مِنْهُ إِلَيْهِ ، فَهُوَ كَمَا لَوْ وَهَبَ لِأَجْنَبِيٍّ ، ثُمَّ وَهَبَهَا الْأَجْنَبِيُّ لِابْنِ الْوَاهِبِ .

وإن أبتاعها الولد من والده . . لم يرجع الجذ فيها وجهاً واحداً ؛ لأنه إذا لم يثبت الرجوع فيها لمن انتقل منه الملك بها ، فلا أن لا يثبت لمن انتقل منه بها الملك إلى الواهب أولى .

وإن وهب الرجل لولده شيئاً ، وأقبضه إيَّاه فوهبها هذا الولد لأخيه من أبيه . . فينبغي أن لا يثبت للأب فيها الرجوع وجهاً واحداً<sup>(١)</sup> ؛ لأنه إذا لم يثبت الرجوع لمن انتقل منه الملك ، فلا أن لا يثبت لمن انتقل منه إلى الواهب أولى .

فرع : [وهب لولده فأفلس وحجر عليه] :

وإن وهب لولده شيئاً ، وأقبضه إيَّاه ، فأفلس الولد وحجر عليه . . فهل للوالد أن يرجع فيما وهبه لولده قبل أن يُقسَم على الغرماء ؟ فيه وجهان : أحدهما : له أن يرجع فيه ؛ لأنَّ حقَّه أسبق .

والثاني : لا يجوز له الرجوع فيه ، وهو الأصحُّ ؛ لأنَّ بالحجر تعلقت به حقوق الغرماء ، فهو كما لو رهنها<sup>(٢)</sup> الولد .

قال المسعودي [في « الإبانة » ق/ ٣٥٤] : فإن ارتدَّ الابن الموهوب له :

فإن قلنا : إنَّ ملكه باقٍ . . فللأب أن يرجع عليه .

وإن قلنا : إنَّ ملكه قد زال بالردَّة . . فليس للأب الرجوع عليه في حال ردَّته .

فإن عاد للإسلام . . فهنَّ له الرجوع عليه ؟ على الوجهين في الولد إذا أفلس .

وإن قلنا : إنَّ ملكه موقوف ، فإن عاد إلى الإسلام . . فللأب الرجوع ؛ لأنَّا تبينَّا أنَّ ملكه لم يزل .

(١) في حاشية نسخة : ( القياس في هذه المسألة : أنه يجوز للإنسان أن يرجع في هبة ولده لأخيه

من أبيه . والله أعلم ) .

(٢) في ( م ) : ( وهبها ) .

فرعٌ : [زيادة الهبة في يد الولد] :

وإذا وَهَبَ لولده عيناً وأقبضَهُ إيَّاهَا ، فزادتْ في يدِ الوالدِ . . نظرتْ :  
فإن كانت زيادةً غيرَ منفصلةٍ عنها ، بأنْ كانَ عبداً فَسَمِنَ ، أو تعلَّمَ القرآنَ ، أو كانتْ  
جاريةً فَسَمِنَتْ ، أو تعلَّمتْ صنعةً . . فللوالدِ أنْ يرجَعَ في العينِ وزيادتيها .  
وحكى الطبريُّ وجهاً لبعضِ أصحابنا : أَنَّهُ لا يَمْلِكُ الرجوعَ هاهنا ، وهو قولُ  
محمَّد بنِ الحسنِ .

وقال أبو حنيفة : ( لا يرجعُ إلا أنْ تكونَ الزيادةُ تعلَّمَ قرآنٍ ، أو إسلاماً ، أو قضاءً  
دينٍ ، فلا تمنعُ الرجوعَ ) .

دليلنا : أَنَّها زيادةٌ في الموهوبِ ، فلا تمنعُ الرجوعَ ، كما لو حدثتْ قبلَ  
القبضِ .

وإنْ كانتْ زيادةً منفصلةً ، بأنْ وَهَبَهُ نخلةً ، فأطلعتْ في يدهِ وأبَّرها ، ثمَّ رَجَعَ  
الوالدُ . . كانتِ الثمرةُ للولدِ ؛ لأنَّها زيادةٌ حدثتْ في ملكِ الولدِ ، فلمْ تتبعِ الأصلَ ،  
كما قلنا في الردِّ بالعيبِ .

فأمَّا إذا وَهَبَهُ شاةً ، أو بقرةً حاملاً : فإنْ رَجَعَ الوالدُ قبلَ الوضعِ . . رَجَعَ في البهيمةِ  
وحملِها . وإنْ وَضَعَتْ في يدِ الولدِ :

فإنْ قلنا : للحملِ حكمٌ . . رَجَعَ الوالدُ فيهما .

وإنْ قلنا : لا حكمَ للحملِ . . رَجَعَ في الأمِّ دونَ الولدِ .

وإنْ وَهَبَهَا وهي حائِلٌ فحملتْ في يدِ الوالدِ : فإنْ وَلَدَتْ في يدِ الولدِ . . رَجَعَ الولدُ  
في الأمِّ دونَ الولدِ ؛ لأنَّه نماءٌ حدثَ في يدِ الولدِ . وإنْ رَجَعَ فيها قبلَ الوضعِ :

فإنْ قلنا : للحملِ حكمٌ . . رَجَعَ الوالدُ في الأمِّ دونَ الولدِ .

وإنْ قلنا : لا حكمَ للحملِ . . رَجَعَ الوالدُ فيها .

فرع : [وهب ولده عينا فأتلفها] :

وإن وهب لولده عينا ، وأقبضه إياها ، فأتلفها الولد ، بأن كان طعاماً فأتلفه ، أو عبداً فقتله . . لم يكن للأب أن يرجع فيها ؛ لأن حقّه يتعلّق بالعين ، والعين غير موجودة ، ولا يرجع في قيمتها ؛ لأن حقّه يتعلّق بالعين دون القيمة .

وهكذا : لو كانت العين باقية ، إلا أنها قد نقصت في يد الولد . . رجع الوالد فيها ، ولا يرجع بأرش ما نقصت ، كما لا يرجع في قيمتها إذا كانت تالفة .

وهكذا : لو كان في معنى الإتلاف ، بأن كان عبداً فأعتقه ، أو كانت جارية فاستولدها الولد ؛ لأن العين باقية ، وإنما تلف الرق . . فليس للوالد أن يرجع في العين ولا في قيمتها .

وإن تصرف الولد في العين تصرفاً لم يتلفها به . . نظرت :

فإن كان تصرفاً لا يقطع تصرف الابن<sup>(١)</sup> ، بأن كانت أمة فزوّجها الابن ، أو أجرها ، أو دبّرها ، أو أعتقها بصفة . . فللأب أن يرجع فيها ؛ لأن تصرف الابن لم ينقطع فيها ، فإذا رجع . . لم يبطل النكاح ، ولا الإجارة ، ولكن إذا انقطعا . . رجعت المنفعة للأب .

وأما التدبير والعتق بالصفة : فيبطلان ؛ لأن ملك الابن قد زال .

وإن كان تصرف الابن قد انقطع عن العين ، بأن باع العين ، أو وهبها وأقبضها . . لم يكن للأب أن يرجع ؛ لأن تصرف الابن يصح فيها ، فهي كما لو تلفت .  
فإن عادت العين إلى الابن ببيع ، أو هبة ، أو إرث . . فهل للأب أن يرجع فيها ؟ فيه وجهان :

أحدهما : يرجع ؛ لأن العين موجودة في ملك الابن .

والثاني : لا يرجع .

قال الشيخ أبو حامد : وهو الأصح ؛ لأن ملك الابن لم يكن من جهة الأب .

(١) في (م) : (الولد) في الموضعين .



فَإِنْ قُلْنَا بِالْأَوَّلِ : وَكَانَ الْإِبْنُ قَدْ اشْتَرَاهَا بِثَمَنِ فِي ذِمَّتِهِ ، وَأَفْلَسَ ، وَقُلْنَا : إِنَّ الْإِفْلَاسَ لَا يَمْنَعُ الْأَبَ مِنَ الرَّجُوعِ ، وَالْإِبْنُ لَمْ يَدْفَعْ ثَمَنَ الْعَيْنِ . . فَإِنَّ بَائِعَهَا أَحَقُّ بِهَا مِنَ الْأَبِ وَمِنَ الْغُرَمَاءِ ؛ لِأَنَّ حَقَّ الْبَائِعِ تَعَلَّقَ بِهَا مِنْ جِهَةِ الْبَيْعِ .

وَإِنْ كَانَ تَصَرُّفُ الْإِبْنِ أَنْقَطَعَ عَنِ الْعَيْنِ أَنْقِطَاعاً مُرَاعِئاً ، بِأَنْ كَانَ قَدْ رَهْنَهُ ، أَوْ كَانَ عَبْدًا فَكَاتَبَهُ . . فَلَيْسَ لِلأَبِ أَنْ يَرْجِعَ فِيهِ فِي الْحَالِ ؛ لِأَنَّ الْإِبْنَ لَا يَصِحُّ تَصَرُّفُهُ فِي هَذِهِ الْحَالَةِ ، فَكَذَلِكَ الْأَبُ .

فَإِنْ فَكَّ الرِّهْنَ ، أَوْ عَجَزَ الْمَكَاتِبُ فَفَسَخَتِ الْكِتَابَةُ . . كَانَ لِلأَبِ أَنْ يَرْجِعَ ؛ لِأَنَّ مِلْكَ الْإِبْنِ قَدْ عَادَ إِلَيْهِ . هَذَا هُوَ الْمَشْهُورُ .

وَحَكَى الْقَاضِي أَبُو الطَّيِّبِ فِي « الْمَجَرَّدِ » وَجْهًا آخَرَ فِي الْمَكَاتِبِ : أَنَّهُ إِذَا عَجَزَ وَرَقٌ . . كَانَ كَمَا لَوْ بَاعَهُ ، ثُمَّ رَجَعَ إِلَيْهِ ؛ لِأَنَّ الْكِتَابَةَ تَقْطَعُ تَصَرُّفَهُ فِيهِ ، كَمَا لَوْ بَاعَهُ وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ .

فِرْعُ : [جناية العبد الموهوب في يد الابن] :

وَإِنْ جَنَى الْعَبْدُ فِي مِلْكِ الْإِبْنِ فَتَعَلَّقَ الْأَرْضُ بِرَقَبَتِهِ :

قَالَ الْقَاضِي أَبُو الطَّيِّبِ : فَلَيْسَ لِلأَبِ أَنْ يَرْجِعَ فِيهِ ؛ لِأَنَّ تَعَلُّقَ الْأَرْضِ بِرَقَبَتِهِ حَقٌّ ، فَهُوَ كَمَا لَوْ رَهْنَهُ الْإِبْنُ .

قَالَ : فَإِنْ بَذَلَ الْأَبُ فَكَّهُ لِيَرْجِعَ فِيهِ . . كَانَ لَهُ ذَلِكَ . وَلَوْ كَانَ مَرْهُونًا فَبَذَلَ الْأَبُ فَكَّهُ لِيَرْجِعَ فِيهِ . . لَمْ يَكُنْ لَهُ .

وَالْفَرْقُ بَيْنَهُمَا : أَنَّ فَكَّ الرِّهْنِ فَسَخُّ لِعَقْدِ الْمَوْهوبِ لَهُ ، فَلَمْ يَكُنْ لَهُ ذَلِكَ ، وَهَاهُنَا لَمْ يَتَعَلَّقْ بِهِ حَقٌّ مِنْ جِهَةِ الْعَقْدِ .

فِرْعُ : [أرتجاع الموهوب من الولد] :

وَالرَّجُوعُ هُوَ أَنْ يَقُولَ الْأَبُ : أَرْتَجِعُهَا مِنْكَ ، أَوْ رَجَعْتُ فِيهَا وَهْبَتُهُ لَكَ . وَلَا يَفْتَقَرُ إِلَى قَضَاءِ قَاضٍ .

وقال أبو حنيفة : ( لا يصح الرجوع إلا بقضاء قاض ) .

دليلنا : أنه خيارٌ في فسخ عقد ، فلا يفتقر إلى قضاء قاض ، كفسخ العقد في خيار الثلاث .

وإن كان الموهوب جارية فوطئها الأب . . فهل يكون رجوعاً ؟ فيه وجهان : أحدهما : يكون رجوعاً ، كما لو وطئ البائع الجارية المبيعة بشرط الخيار ، في حال الخيار .

والثاني : لا يكون رجوعاً ؛ لأن ملك الابن ثابت عليها ، فلا يزول إلا بصريح الرجوع ، بخلاف المبيع .

فإن باع الأب العين الموهوبة ، أو وهبها ، وأقبضها . . ففيه ثلاثة أوجه ، حكاه المسعودي [في « الإبانة » ق / ٣٥٥] :

أحدها - وهو الأصح - : أن الرجوع والبيع يصحان .

والثاني : أن البيع والهبة لا يصحان ، ولا يصح الرجوع .

والثالث : أن الرجوع يصح ، ولا يصح البيع والهبة .

مسألة : [الواهبون على ثلاثة أضرب] :

الواهبون على ثلاثة أضرب :

أحدها : هبة الأعلى للأدنى ، مثل : أن يهب السلطان لبعض الرعية ، أو يهب الغني للفقير .

قال الشيخ أبو حامد : أو يهب الأستاذ لغلامه ، فهذه لا تقتضي الثواب ؛ لأنَّ القصد من هذه الهبة القربة إلى الله تعالى ، دون المجازاة .

والثاني : هبة النظير للنظير ، كهبة السلطان لمثله ، أو الغني لمثله ، فهذه لا تقتضي الثواب أيضاً ؛ لأنَّ القصد بهذه الهبة الوصلة والمحبة .

الثالث : هبة الأدنى للأعلى ، مثل : أن يهب بعض الرعية للسلطان شيئاً ، أو يهب الفقير للغني ، أو يهب الغلام لأستاذه . . ففيه قولان :

قال في القديم : ( يلزمه أن يُثبته ) . وبه قال مالك ؛ لما روي عن عمر رضي الله عنه : أنه قال : ( من وهب هبةً يَرجو ثوابها . فهي ردُّ على صاحبها ما لم يُثب عليها )<sup>(١)</sup> .

وروي : أن رجلاً سأل فضالة بن عبيد ، فقال : إني أهديتُ إلى رجلٍ باريّاً فلم يُثبني عليه ، فقال : إن أثابك وإلا فأرجع وخُذْ باريك .

ولأنَّ العُرفَ والعادة : أن من وهبَ لمن أعلى منه ، إنما يقصدُ به الثواب من المال ، فصارَ هذا العُرفُ كالشرطِ<sup>(٢)</sup> .

وقال في الجديد : ( لا يلزمه أن يُثبته ) . وبه قال أبو حنيفة ، وهو الأصح ؛ لأنَّه تملكٌ بغيرِ عوضٍ ، فلم يقتضِ ثواباً كهبة الأعلی لمن هو دونه . وما روي عن عمر وفضالة بن عبيد ، فقد روي عن ابن عباس وابن عمر خلافةً . هذا نقلُ أصحابنا البغداديين .

وقال الخُراسانيون : إذا وهبَ لمن هو في مثل حاله . . فهل يقتضي إطلاقُ الهبة الثواب ؟ فيه قولان .

ومنهم من قال : إذا أطلقَ الهبة ، فإن كان قد نوى الثواب . . أَسْتَحَقُّهُ ، وإن لم ينو . . فهل يستحقُّه ؟ فيه قولان .

فإن قلنا : لا يستحقُّ إلا مع النية ، فاختلفا : هل نوى أم لا ؟ ففيه وجهان : أحدهما : أنَّ القولَ قولُ الواهب ؛ لأنَّ الأصلَ أنه لم يرضَ بزوالِ ملكه بغيرِ عوضٍ .

والثاني : أنَّ القولَ قولُ الموهوب له ؛ لأنَّ الأصلَ عدمُ النية . والمشهورُ : طريقةُ البغداديين .

(١) أخرجه عن عمر عبد الرزاق في « المصنف » ( ١٢٦٧١ ) ، وسلف ، وفيه أيضاً : ( ومن وهب هبة لغير ذي رحم فلم يشبه من هبته . . فهو أحق بها ) و ( ١٦٥١٩ ) بلفظه في المواهب ، ونحوه عند البيهقي في « السنن الكبرى » ( ١٨٢ / ٦ ) في الهبات ، باب : المكافأة في الهبة .

(٢) للقاعدة : ( المعروف عرفاً كالشروط شرطاً ) .

فإذا قلنا بقوله الجديد ، وأنَّ الهبة لا تقتضي الثواب . . نظرت :

فإنَّ وَهَبَ لِمَنْ هُوَ أَعْلَى مِنْهُ مِنْ غَيْرِ شَرْطِ الثَّوَابِ ، فَوَهَبَ الْمَوْهُوبُ لَهُ لِلْوَاهِبِ هِبَةً . . كَانَ ذَلِكَ أَبْتِدَاءً عَطِيَّةً تَلْزَمُ بِالْقَبْضِ . وَإِنْ خَرَجَ أَحَدُهُمَا مَعِيّاً أَوْ مُسْتَحِقّاً . . لَمْ يَرْجَعْ صَاحِبُهَا بِهَبَتِهِ .

وَإِنْ وَهَبَهُ بِشَرْطِ الثَّوَابِ : فَإِنْ كَانَ ثَوَاباً مَجْهُولاً . . بَطَلَتِ الْهِبَةُ ؛ لِأَنَّهُ شَرْطٌ يَنَافِي مُقْتَضَى الْهِبَةِ ، وَلِأَنَّهُ شَرْطٌ ثَوَاباً مَجْهُولاً ، فَلَمْ يَصَحَّ ، كَالْبَيْعِ بِشَمْنٍ مَجْهُولٍ ، فَإِنْ قَبَضَهَا الْمَوْهُوبُ لَهُ . . كَانَ حَكْمُهُ حَكْمَ الْبَيْعِ الْفَاسِدِ .

وَإِنْ شَرْطَ ثَوَاباً مَعْلوماً . . فَهَلْ تَصَحُّ الْهِبَةُ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ <sup>(١)</sup> :

أَحَدُهُمَا : لَا تَصَحُّ الْهِبَةُ ؛ لِأَنَّهُ شَرْطٌ يَنَافِي مُقْتَضَاهَا ، فَلَمْ تَصَحَّ ، كَمَا لَوْ عَقَدَ النِّكَاحَ بِلَفْظِ الْهِبَةِ .

فَعَلَى هَذَا : إِذَا قَبَضَهُ كَانَ حَكْمُهُ حَكْمَ الْبَيْعِ الْفَاسِدِ .

وَالثَّانِي : تَصَحُّ الْهِبَةُ ، وَيَلْزَمُ الْمَوْهُوبَ الثَّوَابُ الْمَشْرُوطُ ؛ لِأَنَّ الْهِبَةَ تَمْلِكُ الْعَيْنَ ، وَقَدْ ثَبَتَ أَنَّهُ لَوْ قَالَ : مَلَكَتُكَ هَذِهِ الْعَيْنَ ، وَلَمْ يَذْكُرِ الْعَوَضَ . . كَانَ هِبَةً . وَلَوْ قَالَ : مَلَكَتُكَ بِدِينَارٍ . . صَحَّ وَكَانَ بَيْعاً ، فَكَذَلِكَ الْهِبَةُ بِالْعَوَضِ .

فَإِذَا قُلْنَا بِهَذَا : فَحَكْمُهُ حَكْمُ الْبَيْعِ الصَّحِيحِ فِي خِيَارِ الْمَجْلِسِ ، وَالثَّلَاثِ ، وَالرَّدِّ بِالْعَيْبِ وَالشُّفْعَةِ . هَذَا نَقْلُ أَصْحَابِنَا الْبَغْدَادِيِّينَ .

وَقَالَ الْخُرَاسَانِيُّونَ : هَلْ حَكْمُهُ عَلَى هَذَا الْقَوْلِ حَكْمُ الْبَيْعِ أَوْ حَكْمُ الْهِبَةِ ؟ فِيهِ قَوْلَانِ :

أَحَدُهُمَا : حَكْمُهُ حَكْمُ الْبَيْعِ أَعْتَاباً بِالْمَعْنَى ، لَوْجُودِ الْعَوَضِ فِيهِ .

وَالثَّانِي : حَكْمُهُ حَكْمُ الْهِبَةِ أَعْتَاباً بِاللَّفْظِ .

(١) فِي ( م ) : ( قَوْلَانِ ) .

وإن قال : وهبتك درهماً بدرهمين . . لم يصحَّ على الطريقين ؛ لأنه ربا .

وإن قلنا بقوله القديم . . نظرت : فإن أطلق ولم يشرط الثواب . . فالموهوب له بالخيار : بين أن يثيبه ، وبين أن يرد الموهوب :

فإن اختار أن يثيبه : ففي قدر ما يلزمه ثلاثة أقوال :

أحدها : يلزمه أن يثيبه إلى أن يرضى الواهب ؛ لما روى أبو هريرة : أن أعرابياً أهدى للنبي ﷺ ناقة ، فأعطاه بدلها ثلاثاً ، فلم يرض ، فلم يرض ، ثم أعطاه ثلاثاً ، فلم يرض ، ثم أعطاه ثلاثاً ، فرضي ، فقال النبي ﷺ : « لقد هممت أن لا أتهب هبة إلا من قرشي ، أو أنصاري ، أو ثقفني ، أو دوسي »<sup>(١)</sup> .

والثاني : يلزمه أن يثيبه بقدر قيمته . وهو قول مالك<sup>(٢)</sup> ؛ لأن كل عقد اقتضى العوض إذا لم يُسمَّ فيه عوض . . وجب فيه قيمة المعوض ، كالنكاح .

والثالث : يلزمه أن يثيبه ما يكون ثواباً لمثله في العادة ؛ لأن هذا الثواب وجب بالعرف ، فوجب قدره بالعرف .

وحكى المسعودي [في « الإبانة » ق/ ٣٥٦] وجهاً آخر : أنه يلزمه أن يثيبه ما يقع عليه الاسم ؛ لأنه رضي بزوال ملكه بعوض ، وقد يشتري الشيء النفيس بالثمن القليل .

(١) أخرجه عن أبي هريرة أحمد في « المسند » ( ٢٩٢ / ٢ ) ، وأبو داود ( ٣٥٣٧ ) في البيوع ، والترمذي ( ٣٩٤٠ ) في المناقب ، والنسائي في « الصغرى » ( ٣٧٥٩ ) في الرقبى ، وابن حبان في « الإحسان » ( ٦٣٨٣ ) بإسناد حسن ولفظه : « لقد هممت أن لا أقبل هدية إلا من قرشي أو أنصاري أو ثقفني أو دوسي » ، وفي الباب :

عن ابن عباس أخرجه ابن حبان في « الإحسان » ( ٦٣٨٤ ) بإسناد صحيح . وقال في « تلخيص الحبير » ( ٨٤ / ٣ ) : وكذا رواه الحاكم وصححه على شرط مسلم .

وفي حاشية نسخة : ( قال الأصحاب : وإنما خص من ذكر لأنهم مشهورون بسماحة النفوس ، وقلة الطمع . من « شرح التنبيه » لابن الرفعة ) .

(٢) في هامش نسخة : ( لأن العادة أن الإنسان إذا وهب شيئاً قد ينتظر ثواباً أكثر منه بكثير . من « الإبانة » ) .



فَإِنْ لَمْ يَثْبُتِ الْمَوْهُوبُ . . فَلِلْوَاهِبِ أَنْ يَرْجِعَ فِي الْعَيْنِ الْمَوْهُوبَةِ إِنْ كَانَتْ بَاقِيَةً ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَرْضَ بِزَوَالِ مِلْكِهِ عَنْهَا إِلَّا بِعَوَضٍ ، وَلَمْ يَحْصُلِ الْعَوَضُ . فَإِنْ كَانَتْ زَائِدَةً زِيَادَةً مُتَّصِلَةً . . رَجَعَ فِيهَا وَبِزِيَادَتِهَا . وَإِنْ كَانَتْ زَائِدَةً زِيَادَةً مُنْفَصِلَةً . . رَجَعَ فِيهَا دُونَ الزِّيَادَةِ ، كَمَا قُلْنَا فِي هِبَةِ الْآبِ لَوْلَدِهِ .

وَإِنْ كَانَتِ الْعَيْنُ تَالِفَةً . . فَهَلْ يَرْجِعُ عَلَيْهِ بِقِيمَتِهَا ؟ فِيهِ قَوْلَانِ <sup>(١)</sup> :

أَحَدُهُمَا : لَا يَرْجِعُ عَلَيْهِ بِقِيمَتِهَا ؛ لِأَنَّهَا تَلِفَتْ فِي مِلْكِهِ ، فَهُوَ كَمَا لَوْ وَهَبَ الْآبُ لِابْنِهِ عَيْنًا وَتَلِفَتْ فِي يَدِهِ .

وَالثَّانِي : يَرْجِعُ عَلَيْهِ بِقِيمَتِهَا ؛ لِأَنَّهُ مَلَكَهَا بِعَوَضٍ ، فَإِذَا تَلِفَتْ . . ضَمَنَهَا بِقِيمَتِهَا .  
وَالْمَذْهَبُ الْأَوَّلُ <sup>(٢)</sup> .

وَإِنْ وَجَدَ الْعَيْنَ وَقَدْ نَقَصَتْ فِي يَدِ الْمَوْهُوبِ لَهُ . . رَجَعَ الْوَاهِبُ فِيهَا ، وَهَلْ يَرْجِعُ عَلَيْهِ بِأَرْشِ النِّقْصِ ؟ عَلَى الْوَجْهَيْنِ .

وَإِنْ وَهَبَهُ بِشَرَطِ الثَّوَابِ :

فَإِنْ كَانَ ثَوَابًا مَجْهُولًا ، بَأَنَّ قَالَ : وَهَبْتُكَ عَلَى أَنْ تَتَّيَّنِي ، فَقَالَ : قَبِلْتُ . . صَحَّتِ الْهِبَةُ ؛ لِأَنَّ الْهِبَةَ تَقْتَضِي الثَّوَابَ ، وَشَرَطُهُ تَأْكِيدٌ .

وَإِنْ شَرَطَ ثَوَابًا مَعْلُومًا . . فَهَلْ يَصَحُّ ؟ فِيهِ قَوْلَانِ :

أَحَدُهُمَا : لَا تَصَحُّ ؛ لِأَنَّ الْهِبَةَ تَقْتَضِي ثَوَابًا مَجْهُولًا ، فَإِذَا شَرَطَ ثَوَابًا مَعْلُومًا ، فَقَدْ شَرَطَ مَا يَنَافِي مَقْتَضَاهَا ، فَلَمْ يَصَحَّ .

وَالثَّانِي : يَصَحُّ ؛ لِأَنَّ الْهِبَةَ إِذَا صَحَّتْ بِشَرَطِ الثَّوَابِ الْمَجْهُولِ . . فَلَأَنَّ تَصَحُّ مَعَ الْمَعْلُومِ أَوْلَى .

(١) فِي ( م ) : ( وَجْهَانِ ) .

(٢) فِي حَاشِيَةِ نَسْخَةٍ : ( قَالَ الشَّيْخُ أَبُو حَامِدٍ فِي « التَّعْلِيقِ » : الْمَذْهَبُ أَنَّ لَهُ الرِّجُوعَ ، وَرَبَّمَا فَهَمُ مِنْ « الْبَسِيطِ » ، وَصَحَّحَهُ فِي « الْعَزِيزِ » ) .

فرعٌ : [اختلفا على طلب البدل] :

وإن اختلفا فقال الواهبُ : وَهَبْتُكَ ببدلٍ ، وقال الموهوبُ له : وَهَبْتَنِي بغيرِ بدلٍ . .  
ففيه وجهان :

أحدهما : القولُ قولُ الواهبِ مع يمينه ؛ لأنَّه لَمْ يُقَرَّرْ بخروجِ ملكه إلا ببدلٍ .

والثاني : القولُ قولُ الموهوبِ له ؛ لأنَّ الأصلَ براءةُ ذمَّتِهِ وعدمُ شرطِ البدلِ .

وإنَّ وَهْبَهُ جاريةً هبةً تقتضي الثوابَ ، فقبضَها الموهوبُ له ، ووطَّئها ، ولم يُثَبِّ  
الواهبَ . . فللواهبِ أنْ يرجعَ في جاريتهِ ، ولا مهرَ على الموهوبِ له ؛ لأنَّه وَطَّئها في  
ملكه ، فهو كما لو وَهَبَ الأبُ لابنِهِ جاريةً فوطَّئها الابنُ ثمَّ رجعَ الأبُ عليه ، فإنَّه لا  
مهرَ عليه .

وإنَّ وَهَبَ له ذهباً أو فضةً هبةً تقتضي الثوابَ ، فإنَّ أثابَهُ مِنْ جنسِ الأثمانِ . .  
نظرت :

فإنَّ كانَ قبلَ التفرُّقِ . . صحَّ ذلك ، ويعتبرُ التساوي بينهما إنَّ كانا مِنْ جنسٍ واحدٍ ،  
كما قلنا في البيعِ .

وإنَّ كانَ بعدَ التفرُّقِ . . بطلتِ الهبةُ ؛ لأنَّ ذلكَ معاوضةٌ .

وإنَّ أثابَهُ مِنْ غيرِ جنسِ الأثمانِ . . جاز ، سواءً كانَ قبلَ التفرُّقِ أو بعدَ التفرُّقِ ،  
كالبيعِ .

واللهُ أعلمُ وبالله التوفيقُ

\* \* \*

## بابُ العُمَرَى والرُّقْبَى<sup>(١)</sup>

العُمَرَى : نوعٌ من الهبة تفتقرُ إلى الإيجابِ والقبولِ ، ولا تلزمُ إلا بالقبضِ ، ولا يصحُّ القبضُ فيها إلا بإذنِ الواهبِ .

وفي العُمَرَى ثلاثُ مسائلَ :

إحداهنَّ : أنْ يقولَ : أَعمرْتُكَ دارِي هَذِهِ ، وجعلْتُها لَكَ حَيَاتَكَ ، أو عُمُرَكَ ، ولَعَقِبِكَ بَعْدَكَ . فإذا قالَ الآخَرُ : قَبِلْتُ ، وأذِنَ لَهُ في القبضِ ، فقبضَ . . صحَّ ، وكانَ ذَلِكَ هِبَةً . وبِهِ قالَ أَكثَرُ الفُقَهَاءِ .

وَمِنَ النَّاسِ مَنْ قالَ : لا تجوزُ العُمَرَى ؛ لِمَا رَوَى : أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قالَ : « لا تُعْمِرُوا ولا تُرْقِبُوا »<sup>(٢)</sup> .

وقالَ مالِكٌ : ( يَكُونُ لِلْمُعْمَرِ في حَيَاتِهِ وَلَعَقِبِهِ ، فإذا أَنْقَضِيَ . . رَجَعَتْ إلى الْمُعْمَرِ ) .

ودليلُنَا : ما رَوَى أَبُو هُرَيْرَةَ : أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قالَ : « الْعُمَرَى جَائِزَةٌ »<sup>(٣)</sup> . وروى

(١) العمرى : أن يقول الرجل للرجل : هذه الدار لك عمري أو عمرك ، فإن متَّ قبلي . . رجعت إليَّ وإن متَّ قبلك فهي لك ، وهي مأخوذة من العمر . ويستأنس لها بقوله تعالى : ﴿ وَاسْتَغْمِرْكُمْ فِيهَا ﴾ [هود : ٦١] أي أسكنكم فيها مدة أعماركم فصرتم عمارها .

والرقبى : مأخوذة من المراقبة كأن كل واحد منهما يراقب موت صاحبه . فأبطل النبي ﷺ الشرط في هذه الهبات وأجاز الهبات لمن وهبت له . ونهاهم عن اشتراط الشروط ، وأعلمهم أنهم إن أرقبوا أو أعمرُوا بطلت الشروط وجازت الهبات .

(٢) أخرجه عن جابر بن عبد الله الشافعي في « ترتيب المسند » ( ٥٨٧ / ٢ ) في الهبة والعمرى ، وأبو داود ( ٣٥٥٦ ) في البيوع ، والنسائي في « الصغرى » ( ٣٧٣١ ) في العمرى ، والطحاوي في « شرح معاني الآثار » ( ٩٣ / ٤ ) ، والبيهقي في « السنن الكبرى » ( ١٧٥ / ٦ ) في الهبات . قال في « تلخيص الحبير » ( ٨٢ / ٣ ) : وصححه أبو الفتح القشيري على شرطهما .

(٣) أخرجه عن أبي هريرة أحمد في « المسند » ( ٣١٩ / ٢ ) وغيرها ، والبخاري ( ٢٦٢٦ ) ، ومسلم ( ١٦٢٦ ) في الهبات ، وابن أبي شيبة في « المصنف » ( ٣١٥ / ٥ ) في البيوع ، وأبو =

جابرٌ : أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « مَنْ أَعْمَرَ شَيْئًا لَهُ وَلِعَقِبِهِ . . فَهُوَ لِلَّذِي يُعْطَاهَا ، لَا يَرْجِعُ إِلَى الَّذِي أَعْطَاهَا ؛ لِأَنَّهُ أُعْطِيَ عَطَاءً وَقَعَتْ فِيهِ الْمَوَارِيثُ » (١) .

يعني : أَنَّهُ وَرِثَ عَنِ الْمَعْطِي .

وفي رواية أخرى : أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « لَا تُعْمِرُوا ، وَلَا تُزَقِّبُوا ، فَمَنْ أَعْمَرَ شَيْئًا ، أَوْ أَزَقَبَهُ . . فَهُوَ سَبِيلُ الْمِيرَاثِ . » .

وَأَمَّا النَّهْيُ : فَإِنَّمَا نَهَى عَمَّا كَانَ يَفْعَلُهُ أَهْلُ الْجَاهِلِيَّةِ ، وَهُوَ أَنَّهُمْ كَانُوا يَجْعَلُونَهَا لِلْمُعْمَرِ فِي حَيَاتِهِ ، فَإِذَا مَاتَ . . رَجَعَتْ إِلَى الْمُعْمَرِ .

### المسألة الثانية :

إِذَا قَالَ : أَعْمَرْتُكَ هَذِهِ الدَّارَ ، أَوْ جَعَلْتُهَا لَكَ عُمْرَكَ ، أَوْ مَا عِشْتُ ، أَوْ مَا حَيِّتَ ، وَأَطْلَقَ . . فَفِيهِ قَوْلَانِ :

[أَحَدُهُمَا] : قَالَ فِي الْجَدِيدِ : ( تَصَحُّ ، وَتَكُونُ لِلْمُعْمَرِ فِي حَيَاتِهِ ، وَلَوْرَثَتِهِ مِنْ بَعْدِهِ ، وَلَا تَرْجِعُ إِلَى الْمَعْطِي ) . وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَهُوَ الْأَصَحُّ ؛ لِمَا رَوَى جَابِرٌ : أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « مَنْ أَعْمَرَ شَيْئًا . . فَهُوَ لَهُ وَلِعَقِبِهِ » .

وَرَوَى جَابِرٌ : ( أَنَّ رَجُلًا مِنَ الْأَنْصَارِ أَعْطَى أُمَّهُ حَدِيقَةً ، فَمَاتَتْ ، فَقَالَ : أَنَا أَحَقُّ بِهَا ؛ لِأَنِّي أَعْطَيْتُهَا مُدَّةَ حَيَاتِهَا ، فَقَالَ إِخْوَتُهُ : نَحْنُ فِيهَا شُرَكَاءُ ، فَأَخْتَصَمُوا إِلَى النَّبِيِّ ﷺ فَجَعَلَهَا مِيرَاثًا بَيْنَهُمْ ) (٢) .

= داود ( ٣٥٤٨ ) في البيوع ، والنسائي في « الصغرى » ( ٣٧٥٤ ) و ( ٣٧٥٥ ) في العمرى .

(١) أخرجه عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما مسلم ( ١٦٢٥ ) في العمرى ، وأبو داود ( ٣٥٥٢ ) و ( ٣٥٥٣ ) و ( ٣٥٥٤ ) في البيوع ، والترمذي ( ١٣٥٠ ) في الأحكام ، والنسائي في « الصغرى » ( ٣٧٤٤ ) و ( ٣٧٤٥ ) و ( ٣٧٤٨ ) في العمرى ، وابن ماجه بنحوه ( ٢٣٨٠ ) ، والبيهقي في « السنن الكبرى » ( ١٧٢ / ٦ ) في الهبات . وفيه لفظ : « أيما رجل أعمر عمرى له ولعقبه . . » .

(٢) أخرجه عن جابر أبو داود ( ٣٥٥٧ ) في البيوع ، والبيهقي في « السنن الكبرى » ( ١٧٤ / ٦ ) في الهبات ، وقال : رواه أبو داود في « السنن » عن عثمان ابن أبي شيبة نحو رواية ابنه عنه وليس بالقوي ، وقد رواه ابن عيينة بخلاف ذلك وهو مذكور في هذا الباب .

وأما القول القديم : فأختلف أصحابنا فيه :

فقال أبو إسحاق المروزي : قوله القديم : ( إنها تكون للمُعمر في حياته ، فإذا مات . . رَجَعْتُ إِلَى الْمُعْطِي ) ؛ لقوله ﷺ : « مَنْ أَعْمَرَ شَيْئاً لَهُ وَلِعَقِبِهِ . . فَهُوَ لِلَّذِي يُعْطَاهَا ، لَا تَرْجِعُ إِلَى الَّذِي أَعْطَاهَا » فدلُّلُ خِطَابِهِ<sup>(١)</sup> أَنَّهُ إِذَا لَمْ يَشْرُطْ لِعَقِبِهِ . . فَإِنَّهَا تَرْجِعُ إِلَى الَّذِي أَعْطَاهَا .

وقال أكثر أصحابنا : قوله القديم : ( إِنَّ الْعَطِيَّةَ تَكُونُ فَاسِدَةً ) لِأَنَّهُ تَمْلِكُ عَيْنَ وَقْتِهِ<sup>(٢)</sup> ، فَلَمْ يَصَحَّ ، كَمَا لَوْ قَالَ : أَعْمَرْتُكَ هَذَا شَهْراً ، أَوْ بَعْتُكَ هَذَا شَهْراً .

### المسألة الثالثة :

إِذَا قَالَ : أَعْمَرْتُكَ هَذِهِ الدَّارَ ، أَوْ جَعَلْتُهَا لَكَ حَيَاتِكَ ، أَوْ عُمرَكَ ، فَإِذَا مِتُّ عَادَتْ إِلَيَّ إِنْ كُنْتُ حَيًّا ، وَإِلَى وَرَثَتِي إِنْ كُنْتُ مَيِّتًا . . فَهِيَ كَالثَّانِيَةِ عَلَى قَوْلَيْنِ :

[الْأَوَّلُ] : عَلَى الْقَوْلِ الْجَدِيدِ : تَكُونُ لِلْمُعْمَرِ فِي حَيَاتِهِ ، وَلِوَرَثَتِهِ بَعْدَهُ .

و[الثاني] : عَلَى مَا حَكَاهُ أَبُو إِسْحَاقَ عَنِ الْقَدِيمِ : تَكُونُ عَلَى مَا شَرَطَ لِلْمُعْمَرِ فِي حَيَاتِهِ ، فَإِذَا مَاتَ . . رَجَعَتْ إِلَى الْمُعْطِي إِنْ كَانَ حَيًّا ، وَإِلَى وَرَثَتِهِ إِنْ كَانَ مَيِّتًا . وَعَلَى مَا حَكَاهُ غَيْرُهُ عَنِ الْقَدِيمِ . . تَكُونُ الْعَطِيَّةُ بَاطِلَةً .

فَإِنْ قِيلَ : هَلَّا قُلْتُمْ تَبْطُلُ الْهَبَةُ عَلَى الْقَوْلِ الْجَدِيدِ ؛ لِأَنَّ الْعُمْرَى تَقْتَضِي التَّمْلِكَ عَلَى التَّابِيدِ ، فَإِذَا قَدَّرَهُ بِحَيَاةِ الْمُعْمَرِ ، فَقَدْ شَرَطَ شَرْطاً يَنَافِي مَقْتَضَى الْعَقْدِ فَأَبْطَلَهُ ، كَمَا لَوْ قَالَ : وَهَبْتُكَ هَذِهِ الدَّارَ سَنَةً ؟

فَالْجَوَابُ : أَنَّ هَذَا الشَّرْطَ لَا يَبْطُلُ الْعُمْرَى ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِشَرْطٍ عَلَى الْمُعْمَرِ ، وَإِنَّمَا

= وأخرج نحو القصة عنه عبد الرزاق في « المصنف » ( ١٦٨٨٦ ) في العمرى ، ومسلم ( ١٦٢٥ ) ( ٢٨ ) في الهبات ، وفيه : ( أَعْمَرْتُ امْرَأَةً بِالْمَدِينَةِ حَائِطاً لَهَا ابْنًا لَهَا ثُمَّ تَوَفَّى ، وَتَوَفَّيْتُ بَعْدَهُ . . . ) .

(١) يعني مفهوم مخالفته ، وجاء في حاشية نسخة : ( هذه الطرق ذكرها في « التنبيه » ما خلا الطريقة التي تقول قولاً واحداً ) .

(٢) وقته : أي قدره بمدة معينة .



هو شرطٌ على ورثته . فإذا لم يكن الشرطُ على<sup>(١)</sup> المعقود له . . لم يؤثر في العقد ، بخلاف ما لو قال : وهبتُ لك داري سنةً ، فإنه لا يصحُّ ؛ لأنَّ النقصانَ دخلَ في ملك المعقود له ، فلم يصحَّ .

فرعٌ : [فيمن أعمره داره] :

إذا قال رجلٌ لآخر : جعلتُ لك هذه الدارَ عُمرِي أو حياتِي . . ففيه وجهان<sup>(٢)</sup> ، حكاهما المسعوديُّ [في « الإبانة » ق/ ٣٥٧] :

أحدهما - ولم يذكر الشيخُ أبو حامدٍ غيره - : أنَّ الحكمَ فيها كما لو قال : جعلتها لك عُمرَكَ أو حياتَكَ ، على ما مضى .

والثاني : لا تصحُّ بحالٍ ؛ لأنه إذا جعلها للمعمرِ مدَّةَ حياته . . فكأنَّه أبدَ التملكِ له ؛ لأنه إنما يملكُ الشيءَ مدَّةَ عُمرِهِ .

فأمَّا إذا قال : عُمرِي أو حياتِي ، فلم يجعلها له مؤبَّداً ؛ لأنَّ المعطيَ قد يموتُ والمُعمرَ حيًّا ، فلم يصحَّ ، كما لو قال : أعمرتُكها شهراً .

قال المسعوديُّ [في « الإبانة » ق/ ٣٥٧] : وهكذا الوجهانِ إذا قال : أعمرتُكها عُمرَ زيدٍ ، أو حياته .

مسألةٌ : [ما يعطى على سبيل الرقبي] :

وأما الرُقْبَى : فهو أن يقولَ : أرقبتُك هذه الدارَ ، أو جعلتُ داري لك رُقْبَى . ومعنى هذا : أنها لك مدَّةَ حياتكَ ، فإن متَّ قبلي . . عادتُ إليَّ ، وإن متَّ قبلك . . فهي لك ولورثتك بعدك .

(١) في (م) : (مع) .

(٢) في حاشية نسخة : (وحكاهما الشيخ أبو إسحاق في « التعليقة » وذلك أنه قال : فإن أعمره المالك في حياة شخص غيره ففيه وجهان) .

فهي كالمسألة الثانية من العمرى ، على القول الجديد : تكون للمرقب في حياته ولورثته بعده .

وأما على القول القديم : فعلى ما حكاه أبو إسحاق تكون للمرقب في حياته ، فإن مات والمعطي حي . . رجعت إليه . وإن مات المعطي أولاً . . كانت للمرقب في حياته ، ولورثته بعده .

وعلى ما حكاه غير أبي إسحاق عن القديم : تكون العطية باطلة .  
هذا مذهبنا ، وبه قال أبو يوسف .

وقال أبو حنيفة ومحمد : ( الرقبي لا تملك ، وتكون عارية ؛ لأن معناها أنها لاخرنا موتاً ، فلا يصح التملك بهذا ؛ لأن التملك معلق بخطر وغرر )<sup>(١)</sup> .

وقال مجاهد : الرقبي هو : أن يقول : هذه الدار للآخر مني ومنك موتاً .

وتعلقوا بما روي : ( أن النبي ﷺ أجاز العمرى وأبطل الرقبي )<sup>(٢)</sup> .

ودليلنا : ما روى جابر : أن النبي ﷺ قال : « يا معشر الأنصار : أمسكوا عليكم أموالكم ، لا تعمروا ، ولا ترقبوا ، فمن أعمر شيئاً أو أرقبه . . فهو له ولورثته »<sup>(٣)</sup> .

وفي رواية : أن النبي ﷺ قال : « العمرى جائزة لأهلها ، والرقبي جائزة لأهلها »<sup>(٤)</sup> وما رآوه غير معروف .

(١) في هامش نسخة : ( قد يصح التملك بهذا ) .

(٢) يدل له ما أخرجه عن زيد بن ثابت أبو داود ( ٣٣٥٩ ) في البيوع ، والنسائي في « الصغرى » ( ٣٧٢٣ ) في العمرى ، ولفظه : « من أعمر شيئاً فهو لمعمره محياه ومماته . ولا ترقبوا ، فمن أرقب شيئاً فهو سبيله » . لا ترقبوا : لا تفعلوا ذلك حتى تندموا على فوات ما أرقبتم .

(٣) أخرجه بنحوه وبألفاظ متقاربة عن جابر أحمد في « المسند » ( ٣١٢/٣ و ٣١٧ ) وغيرها ، ومختصراً مسلم ( ١٦٢٥ ) ( ٢٦ ) و ( ٢٧ ) في الهبات ، والنسائي في « الصغرى » ( ٣٧٣٦ ) و ( ٣٧٣٧ ) في العمرى ، وابن أبي شيبة في « المصنف » ( ٣١٤/٥ ) في البيوع والأقضية ، والبيهقي في « السنن الكبرى » ( ١٧٣/٦ ) في الهبات .

(٤) أخرجه عن جابر أبو داود ( ٣٥٥٨ ) في البيوع ، والترمذي ( ١٣٥١ ) في الأحكام ، والنسائي في « الصغرى » ( ٣٧٣٩ ) في العمرى ، وابن ماجه ( ٢٣٨٣ ) ، ومختصراً البيهقي في « السنن =

فإن قيل : فقد سويت بين معنى العُمري والرُقبي ، وأختلاف الأسماء يدل على اختلاف المسميات ؟

قلنا : بينهما فرق ، وذلك : أنَّ المَعْمَرَ يَمْلِكُ ما أُعْمِرَهُ مدَّةَ عُمُرِهِ ، فإذا مات . . . أقتضى ذلك أن يرجع إلى المَعْمِرِ ، أو إلى ورثته إن لم يكن باقياً .

وأما الرُقبي : فأقتضت أنه ملكه إياها ، فإن مات . . . رجعت إلى المُرْقِبِ . وإن مات المُرْقِبُ قبله . . . استقرت على ملك المُرْقِبِ ، ولم ترجع بموته إلى ورثة المُرْقِبِ .

**فرعٌ :** [تعطى العمرى من الثلث] :

إذا قال رجلٌ لآخر : إذا متُّ فهذه الدار لك عُمْرَكَ ، فإذا متَّ عادت إلى ورثتي ، فإذا مات المعطي ، وخرجت الدار من الثلث . . . كانت على قولين ، كما لو قال : هذه الدار لك عُمْرَكَ ، فإذا متَّ قبلي ، عادت إليَّ إن كنتُ حيّاً ، وإلى ورثتي إن كنتُ ميتاً .

قال المسعودي [في «الإبانة» ق/ ٣٥٧] : إذا قال الشريكان في الدار : هي لآخرنا موتاً . . . صار نصيب كل واحد منهما رُقبي لصاحبه ، وقد مضى بيان الرُقبي .

**مسألةٌ :** [صحة إبراء صاحب الدين] :

ومن وجب له على غيره دينٌ . . . صحَّ إبراءُهُ منه . وهل يفتقر إلى قبول البراءة ممن عليه الدين ؟ فيه وجهان :

أحدهما : يفتقر إلى قبوله ؛ لأنَّ عليه منَّةٌ<sup>(١)</sup> في إسقاط الحقِّ عنه . . . فأفتقر إلى قبوله ، كقبول الهبة .

الكبرى « ( ١٧٤ / ٦ ) في الهبات .

قال الترمذي : هذا حديث حسن ، وقد روى بعضهم عن أبي الزبير بهذا الإسناد عن جابر موقوفاً ولم يرفعه ، والعمل على هذا عند بعض أهل العلم من أصحاب النبي ﷺ وغيرهم : أن الرقبي جائزة مثل العمرى ، وهو قول أحمد وإسحاق ، وفرق بعض أهل العلم من أهل الكوفة وغيرهم بين العمرى والرقبي ، فأجازوا العمرى ، ولم يجيزوا الرقبي .

(١) المنَّة : ذكر الإحسان والإفضال ، ومنه يقال : المنَّة تهدم الصنيعة .

الثاني - وهو الأصح - : أنه لا يفتقر إلى قبوله ؛ لأنه إسقاط وليس بتمليك عين ، فلم يفتقر إلى القبول ، كإسقاط الشفعة والقصاص والعتق ، بخلاف الهبة ، فإنها تمليك عين .

ولا يصح الإبراء من دين مجهول ؛ لأنه إزالة ملك ، فلم يصح مع الجهل به ، كالهبة . فإن قال : أبرأتك من دينار إلى مئة دينار ، وكان يعلم أنه يستحق ذلك عليه . . صحّت البراءة . وإن أبرأه من دين وكان له الدين لا يعلم أنه يستحق ذلك عليه ، ثم بان أنه كان يستحقه عليه . . فهل تصح البراءة ؟ فيه وجهان :

أحدهما : تصح البراءة ؛ لأنها وافقت وجوب الدين .

والثاني : لا تصح ، وهو الأصح ؛ لأنه عقد البراءة ، وهو متلاعب .

وإن قال : صدقت عليك بالدين الذي لي عليك . . صح ذلك ، وكان براءة بلفظ الصدقة ؛ لقوله تعالى :

﴿ وَدِيَّةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ ۖ إِلَّا أَنْ يَصَّدَّقُوا ﴾ [النساء : ٩٢] .

وقوله تعالى :

﴿ وَإِنْ كَانَتْ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ ۚ وَأَنْ يَصَّدَّقُوا خَيْرٌ لَّكُمْ ﴾ [البقرة : ٢٨٠] .

وأراد بالصدقة في الآيتين البراءة .

قال أبو العباس : وهذا يدل على صحّة البراءة بلفظ الصدقة ، وعلى أن الصدقة تصح على الغني والفقير ، وعلى أن صدقة التطوع تصح على بني هاشم ، وبني المطلب ؛ لأنه لم يفرق في الآيتين .

وإن وهب دينه لمن هو في ذمته . . صحّت الهبة وجهاً واحداً ؛ لأن الهبة والصدقة واحد ، فإذا صحّت الصدقة . . صحّت الهبة ، وهل يكون حكمها حكم الإبراء ، لا يفتقر إلى القبول على الأصح ، أو حكم الهبة يفتقر إلى القبول ، ولا يلزم حتى تمضي مدة يتأتى فيها القبض ؟ على وجهين .

فإن وهب من له الدين دينه لغير من هو عليه ، أو باعه منه ، وكان الدين مستقرّاً . . فهل يصحان ؟ فيه وجهان :

أحدهما : لا يصحّان ؛ لأنّه غير مقدور على تسليمه .

والثاني : يصحّان ، وهو الأصحّ ؛ لأنّ الذمّ تجري مجرى الأعيان ، بدليل : أنّ الرجل يبتاع بعين ماله ، ويبتاع بثمن في ذمّته . وكذلك يبيع عين ماله ، ويبيع ما في ذمّته ، وما جاز بيعه وأبتياعه . . جازت هبته ؛ لأنّه لا خلاف أنّ الحوالة تصحّ ، وهي في الحقيقة بيع ، فكذلك البيع .

فإذا قلنا بهذا : فهل يفتقر لزوم الهبة إلى الإذن بالقبض ، وإلى القبض ؟ فيه وجهان :

أحدهما : يفتقر إلى ذلك ؛ لأنّ هذا شرط في لزوم الهبة في العين ، فكذلك في الدين .

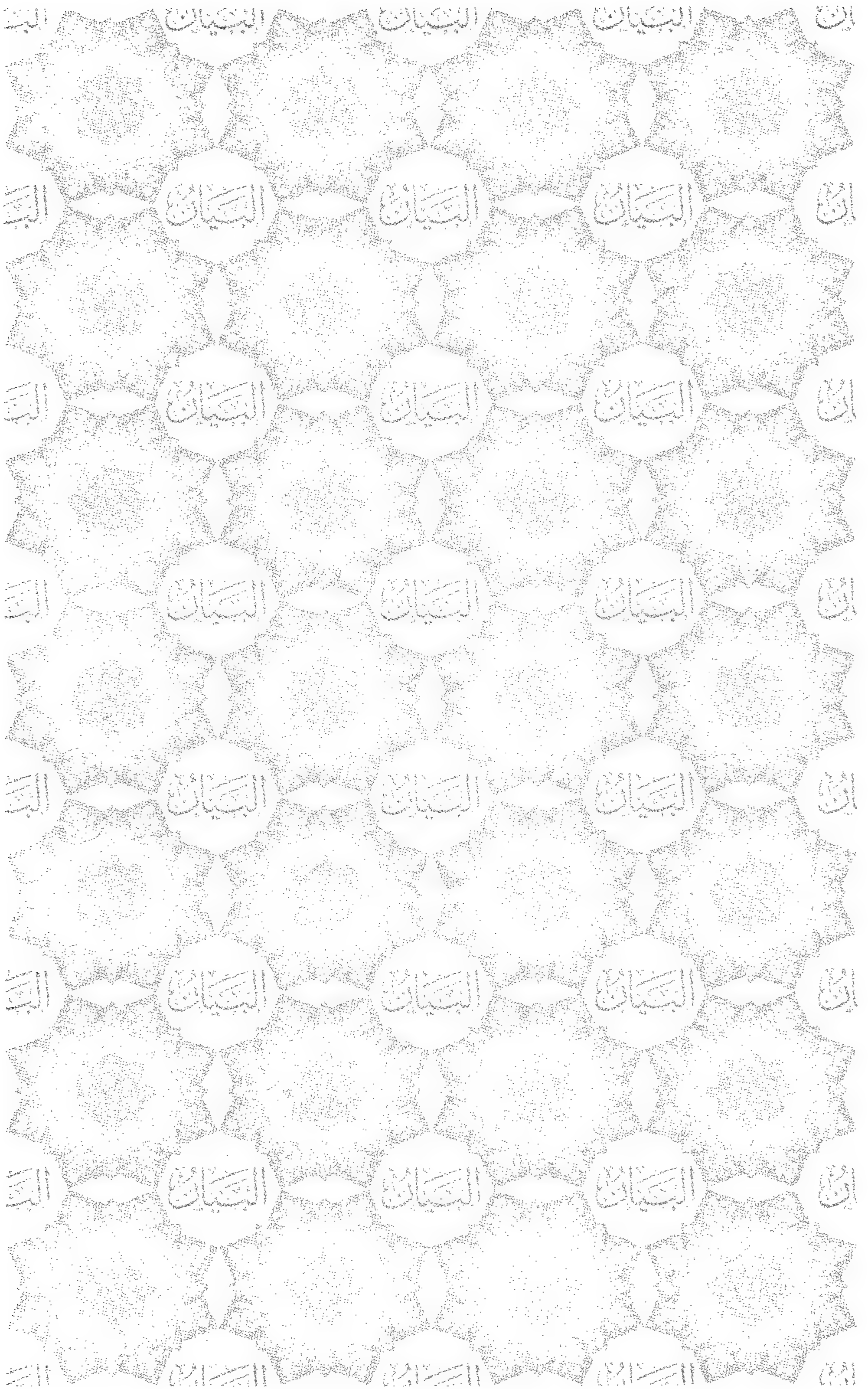
والثاني : لا يفتقر إلى ذلك ، وهو الأصحّ ، كالحوالة لا يُعتبر فيها القبض .

والله أعلم وبالله التوفيق

\* \* \*



# کتاب الوصایا



## كتاب الوصايا (١)

الْوَصِيَّةُ : مأخوذةٌ مِنْ قولهم : وَصَّيْتُ الشَّيْءَ أَصِيهَ إِذَا وَصَلْتَهُ ؛ لِأَنَّ الموصيَ يَصِلُ ما كانَ مِنْهُ في حياته بما بَعْدَهُ مِنْ أمرٍ مماتِهِ .

والأصلُ في ثبوتِ الوَصِيَّةِ : الكتابُ ، والسنةُ ، والإجماعُ .

أَمَّا الكتابُ : فقوله تعالى : ﴿ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ ﴾ [النساء : ١٢] .

وأَمَّا السنةُ : فما رويَ : أَنَّ النبيَّ ﷺ قالَ : « مَا حَقُّ أَمْرِيءٍ مُسْلِمٍ عِنْدَهُ شَيْءٌ يُوصِي فِيهِ يَبِيتُ لَيْلَتَيْنِ إِلَّا وَوَصِيَّتُهُ مَكْتُوبَةٌ عِنْدَ رَأْسِهِ » (٢) .

(١) الوصايا : جمع وصية ، وهي لغة : العهد والإيصال إلى الغير في القيام بأمر من الأمور ؛ لأن الموصي يصل خير دنياه بخير عقباه .

وشرعاً : تملك مضاف إلى ما بعد الموت ، أو هو تبرع بحق مضاف ولو تقديراً لما بعد الموت .

والحكمة من تشريعها : تحقيق مصلحة الموصي في تحصيل الأجر والثواب وتحقيق مصلحة للناس لأنها من أنواع الإنفاق في وجه الخير التي يستفيد منها الفرد والمجتمع ، والصدقة في الحياة أفضل من الوصية ؛ لأن النور الذي يتقدمك أفضل من الذي يليك أو يلحقك . ويقال : وصَّيْتُ وأوصيْتُ بمعنى واحد . قال ذو الرمة :

نصي الليل بالأيام حتى صلاتنا      مقاسمة يشق أنصافها السفر  
أي نصل الليل بالأيام .

(٢) أخرجه عن ابن عمر مالك في « الموطأ » ( ٧٦١ / ٢ ) ، وأورده الشافعي في « الأم »

( ١٨ / ٤ ) ، و« مختصر المزني » ( ١٥٩ / ٣ ) ، والبخاري ( ٢٧٣٨ ) في الوصايا ، ومسلم

( ١٦٢٧ ) في الوصية ، وأبو داود ( ٢٨٦٢ ) ، والترمذي ( ٢١١٩ ) ، والنسائي في

« الصغرى » ( ٣٦١٥ ) و ( ٣٦١٨ ) ، وابن ماجه ( ٢٧٠٢ ) ، وابن الجارود في « المتنقى »

( ٩٤٦ ) ، والبيهقي في « السنن الكبرى » ( ٢٧٢ / ٦ ) في الوصايا وفيها : « مكتوبة عنده » .

جاء في حاشية نسخة : ( ما حق امرئ مسلم : ما لامرئ أن يبيت ليلتين إلا ووصيته عنده =

وروي : ( أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ لَمَّا قَدِمَ الْمَدِينَةَ . . سَأَلَ عَنِ الْبَرَاءِ بْنِ مَعْرُورٍ ، فَقَالُوا لَهُ : إِنَّهُ هَلَكَ ، وَأَوْصَى لَكَ بِثَلَاثِ مَالِهِ ، فَقَبِلَهُ النَّبِيُّ ﷺ ، ثُمَّ رَدَّهُ عَلَى وَرَثَتِهِ )<sup>(١)</sup> .

وَأَمَّا الْإِجْمَاعُ : فروي : ( أَنَّ أَبَا بَكْرٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ وَصَّى بِالْخِلَافَةِ إِلَى عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ )<sup>(٢)</sup> . و : ( لَمَّا طَعِنَ عُمَرُ . . أَوْصَى بِالْخِلَافَةِ إِلَى أَهْلِ الشُّوْرَى ، وَهُمْ سِتَّةٌ : عَثْمَانُ ، وَعَلِيٌّ ، وَطَلْحَةُ ، وَالزُّبَيْرُ ، وَعَبْدُ الرَّحْمَنِ بْنُ عَوْفٍ ، وَسَعْدُ بْنُ أَبِي وَقَّاصٍ )<sup>(٣)</sup> .

وظهرَ ذَلِكَ فِي الصَّحَابَةِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ ، وَلَمْ يَخَالَفْهُمَا أَحَدٌ ، بَلْ عُمِلَ بِهِ<sup>(٤)</sup> .

إِذَا ثَبَتَ هَذَا : فَإِنَّ مَا يُوصَى بِهِ الْإِنْسَانُ ضَرْبَانِ ، وَصِيَّةٌ بِالنَّظَرِ فِيمَا كَانَ النَّظَرُ لَهُ فِيهِ ، وَوَصِيَّةٌ بِثَلَاثِ مَالِهِ<sup>(٥)</sup> .

= مكتوبة ويحتمل : ما المعروف في الأخلاق إلا هذا الفرض . عن القاضي حسين من « شرح التنبيه » لابن الرفعة ) . ما حق امرئ : ما حقه من جهة الحزم والاحتياط إلا أن تكون وصيته مكتوبة عنده إذا كان يريد أن يوصي ، فإنه لا يدري متى توافيه منيته فتحول بينه وبين ما يريد من ذلك ، وفي الحديث : أن الوصية ليست بواجبة وهو قول عامة الفقهاء ، لكن ذهب بعض التابعين إلى الوجوب . والله أعلم .

(١) أخرجه عن أبي قتادة الطبراني في « الكبير » ( ١١٨٥ ) . قال عنه الهيثمي في « مجمع الزوائد » ( ٢١٦/٤ ) : رواه الطبراني وتابعيه لم أعرفه ، وبقية رجاله ثقات . وكذا أورده عنه الحافظ في « الإصابة » ت ( ٦٢٢ ) ، وفيه أيضاً : وروى ابن شاهين بإسناد لين من طريق عبد الله بن أبي قتادة حدثني أمي عن أبي : أن البراء . . نحوه .

(٢) أخرج خبر خلافة عمر بتولية أبي بكر رضي الله عنه له عن زيد بن الحارث ، وقيس بن أبي حازم وعائشة وغيرهم ابن أبي شيبة في « المصنف » ( ٥٧٤/٨ و ٥٧٥ ) ، وأبو نعيم في « الحلية » ( ٣٦/١ ) ، وأورده في كنز العمال ( ١٤١٧٤ ) و ( ١٤١٧٥ ) و ( ١٤١٧٦ ) و ( ١٤١٧٧ ) و ( ١٤١٧٨ ) و ( ١٤١٧٩ ) فانظره .

(٣) أخرج خبر عمر رضي الله عنه في قصةبيعة عثمان عن عمرو بن ميمون البخاري ( ٣٧٠٠ ) ، وابن سعد في « الطبقات » ( ٣٣٧/٣ - ٣٣٨ ) ، وابن أبي شيبة في « المصنف » ( ٥٧٥/٨ - ٥٧٧ ) في المغازي ، باب : ما جاء في خلافة عمر بن الخطاب .

(٤) قال ابن المنذر في « الإجماع » ( ٣٤٤ ) : وأجمعوا أن الوصية إلى المسلم الحر الثقة العدل جائزة .

(٥) يدل له حديث سعد بن أبي وقاص الآتي رواه البخاري ( ١٢٩٥ ) في الجنائز و ( ٢٧٤٢ ) ، =

فَأَمَّا الْوَصِيَّةُ بِالنَّظَرِ : فَإِنَّ مَنْ ثَبَتَ لَهُ الْخِلَافَةُ عَلَى الْأُمَّةِ . . فَلَهُ أَنْ يوصِيَ بِهَا إِلَى رَجُلٍ تَوْجَدُ فِيهِ شُرُوطُ الْخِلَافَةِ عَلَى مَا يَأْتِي بَيَانُهُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ فِي مَوْضِعِهِ ؛ لَمَّا ذَكَرْنَاهُ مِنْ حَدِيثِ أَبِي بَكْرٍ وَعُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا .

وإِنْ ثَبَتَ لِرَجُلٍ النَّظَرُ فِي مَلِكٍ<sup>(١)</sup> وَلَدِهِ الصَّغِيرِ ، وَلَا جَدًّا لِلصَّغِيرِ مِنْ أَبِيهِ ، وَلَا أُمَّ لَهُ . . فَلِلْأَبِ أَنْ يوصِيَ بِالنَّظَرِ فِي مَالِهِ إِلَى مَنْ يَصْلَحُ لَذَلِكَ ، وَيَكُونُ وَصِيَّ الْأَبِ أَوْلَى بِالنَّظَرِ فِي مَالِ الصَّغِيرِ مِنَ الْحَاكِمِ ؛ لَمَّا رَوَى : ( أَنَّهُ أَوْصَى إِلَى الزَّبِيرِ سَبْعَةً مِنْ أَصْحَابِ النَّبِيِّ ﷺ فِي أَمْرِ أَوْلَادِهِمِ الصَّغَارِ ، مِنْهُمْ : عَثْمَانُ ، وَالْمِقْدَادُ ، وَعَبْدُ الرَّحْمَنِ ، وَأَبْنُ مَسْعُودٍ )<sup>(٢)</sup> .

وإِنْ كَانَ لِلصَّغِيرِ جَدٌّ مِنْ أَبِيهِ يَصْلَحُ لِلنَّظَرِ ، فَأَوْصَى الْأَبُ إِلَى غَيْرِ الْجَدِّ . . كَانَ الْجَدُّ أَوْلَى بِالنَّظَرِ .

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : ( وَصِيَّ الْأَبِ أَوْلَى مِنَ الْجَدِّ ) وَبِهِ قَالَ بَعْضُ أَصْحَابِنَا الْخُرَاسَانِيِّينَ ، وَالْجَوِينِيِّ ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا كَانَ الْأَبُ أَوْلَى بِالنَّظَرِ مِنَ الْجَدِّ . . كَانَ وَصِيُّهُ أَوْلَى مِنَ الْجَدِّ ، كَمَا قُلْنَا فِي وَصِيَّ الْأَبِ مَعَ الْحَاكِمِ .

وَهَذَا غَلَطٌ ؛ لِأَنَّهَا وَلَايَةٌ يَسْتَحَقُّهَا الْجَدُّ بِالْقَرَابَةِ ، فَكَانَ مَقْدَمًا عَلَى وَصِيَّ الْأَبِ ، كَوَلَايَةِ النِّكَاحِ .

وإِنْ لَمْ يَكُنْ لِلصَّبِيِّ جَدٌّ ، وَلَكِنْ لَهُ أُمٌّ تَصْلَحُ لِلنَّظَرِ فِي مَالِهِ ، وَأَوْصَى الْأَبُ إِلَى غَيْرِهَا :

= ومسلم ( ١٦٢٨ ) ، وابن أبي شيبة في « المصنف » ( ٣٠٥ / ٧ - ٣٠٦ ) ، وأبو داود ( ٢٨٦٤ ) ، والترمذي ( ٢١١٧ ) ، والنسائي في « الصغرى » ( ٣٦٢٦ ) وإلى ( ٣٦٣٣ ) ، وابن ماجه ( ٢٧٠٨ ) وابن الجارود في « المنتقى » ( ٩٤٧ ) ، والبيهقي في « السنن الكبرى » ( ٢٦٨ / ٦ ) في الوصايا . قال الترمذي : حسن صحيح ، والعمل على هذا عند أهل العلم أنه ليس للرجل أن يوصي بأكثر من الثلث ، وقد استحب بعض أهل العلم أن ينقص من الثلث ؛ لقول رسول الله ﷺ : « والثلث كثير » .

(١) في ( م ) : ( مال ) .

(٢) وكذا أورد الخبر ابن قدامة في « المغني » ( ١٤٤ / ٦ ) وقال : ستة بدل سبعة وعدَّ معهم مطيع بن الأسود وآخر ، والقلعجي في « موسوعة عثمان بن عفان » ( ص / ٢٨٩ - ٢٩٠ ) .



فَإِنْ قُلْنَا بِالْمَذْهَبِ : وَأَنَّ الْأُمَّ لَا وَلَايَةَ لَهَا بِالنَّظَرِ فِي مَالٍ وَلَدِهَا . . كَانَ النَّاظِرُ هُوَ وَصِيُّ الْأَبِ .

وَإِنْ قُلْنَا بِقَوْلِ الْإِصْطَخَرِيِّ : وَأَنَّ الْأُمَّ لَهَا وَلَايَةٌ بِالنَّظَرِ فِي مَالِ أَبْنَاهَا . . فَهَلْ يَقْدَمُ وَصِيُّ الْأَبِ عَلَيْهَا ؟ يَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ عَلَى الْوَجْهَيْنِ فِي وَصِيِّ الْأَبِ مَعَ الْجَدِّ .  
وَالصَّحِيحُ : أَنَّ الْأُمَّ مُقَدَّمَةٌ عَلَى وَصِيِّ الْأَبِ .

مَسْأَلَةٌ : [الناظر لا يزوج] :

وَإِنْ أَوْصَى رَجُلٌ إِلَى رَجُلٍ بِالنَّظَرِ فِي أَمْرِ أَوْلَادِهِ ، وَلَهُ بَنَاتٌ . . لَمْ يَكُنْ لِلْوَصِيِّ تَرْوِيجُهُنَّ بِلَا خِلَافٍ .

وَإِنْ أَوْصَى إِلَيْهِ بِالنَّظَرِ فِي مَالِ أَوْلَادِهِ الصَّغَارِ ، وَتَرْوِيجِ بَنَاتِهِ . . لَمْ يَكُنْ لِلْوَصِيِّ تَرْوِيجُهُنَّ ، سِوَاءَ كُنَّ الْبَنَاتُ صَغَارًا أَوْ كِبَارًا ، عَيَّنَ لَهُ الزَّوْجَ أَوْ لَمْ يَعَيِّنْهُ ، بَلْ إِنْ كَانَ لِلْبَنَاتِ وَلِيُّ مَنَاسِبٌ . . زَوَّجَهُنَّ ، وَإِلَّا . . فَالْحَاكِمُ يَزَوِّجُهُنَّ . وَبِهِ قَالَ الثَّوْرِيُّ وَأَبُو حَنِيفَةَ .

وَقَالَ أَبُو ثَوْرٍ : ( الْوَصِيُّ أَوْلَى بِتَرْوِيجُهُنَّ مِنَ الْوَلِيِّ الْمَنَاسِبِ ) .

وَقَالَ مَالِكٌ : ( إِذَا أَوْصَى إِلَيْهِ فِي تَرْوِيجِ بَنَاتِهِ مُطْلَقًا . . كَانَ الْوَصِيُّ أَحَقَّ بِإِنكَاحِهِنَّ مِنَ الْوَلِيِّ الْمَنَاسِبِ . فَإِنْ كُنَّ كِبَارًا . . لَمْ يَزَوِّجُهُنَّ إِلَّا بِإِذْنِهِنَّ . وَإِنْ كُنَّ صَغَارًا . . لَمْ يَزَوِّجُهُنَّ الْوَصِيُّ إِلَّا إِنْ عَيَّنَ لَهُ الْمَوْصِي الزَّوْجَ ) .

دَلِيلُنَا : مَا رَوَى عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عَمْرٍو قَالَ : زَوَّجَنِي خَالِي قُدَامَةُ بْنُ مِطْعُونٍ ابْنَةَ أَخِيهِ عَثْمَانَ بْنِ مِطْعُونٍ ، فَمَضَى الْمَغِيرَةُ بْنُ شُعْبَةَ إِلَى أُمِّهَا ، فَأَرْغَبَهَا فِي الْمَالِ ، فَمَالَتْ إِلَيْهِ ، فَذَهَبَتْ أُمُّهَا إِلَى النَّبِيِّ ﷺ وَقَالَتْ : إِنَّ ابْنَتِي تَكْرَهُ ذَلِكَ . فَمَضَى قُدَامَةُ بْنُ مِطْعُونٍ إِلَى النَّبِيِّ ﷺ وَقَالَ : أَنَا عَمُّهَا وَوَصِيُّ أَبِيهَا ، وَقَدْ زَوَّجْتُهَا مِنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَمْرٍو ، وَمَا نَقَمُوا مِنْهُ إِلَّا أَنَّهُ لَا مَالَ لَهُ ، فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ : « إِنَّهَا يَتِيمَةٌ ، وَإِنَّهَا لَا تُنْكَحُ إِلَّا بِإِذْنِهَا » <sup>(١)</sup> .

(١) أخرجه عن ابن عمر ابن ماجه مختصراً ( ١٨٧٨ ) في النكاح ، وبنحوه عند أحمد في « المسند » ( ١٣٠ / ٢ ) . قال البوصيري في « زوائد ابن ماجه » : هذا إسناد ضعيف موقوف ، فيه =

فموضع الدليل : أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « لَا تُنْكَحُ إِلَّا بِإِذْنِهَا » وَقَدْ أَخْبَرَهُ قَدَامَةُ أَنَّهُ وَصَّى أَبِيهَا ، وَلَمْ يَسْأَلْهُ النَّبِيُّ ﷺ هَلْ وَصَّى إِلَيْهِ بِإِنْكَاحِهَا ، أَمْ لَا ؟ وَهَلْ عَيَّنَ لَهُ الزَّوْجَ ، أَمْ لَا ؟ فَلَوْ كَانَ الْحُكْمُ يَخْتَلِفُ بِذَلِكَ . . لَسَأَلَهُ عَنْهُ . فَقِيلَ : إِنَّ الْمَغِيرَةَ تَزَوَّجَهَا بَعْدَ ذَلِكَ .

وَلَأَنَّ وَلَايَةَ النِّكَاحِ لَهَا تُسْتَحَقُّ بِالْشَّرْعِ ، فَلَمْ يَجُزْ نَقْلُهَا عَنْهُ بِالْوَصِيَّةِ ، كَالْوَصِيَّةِ فِي أَمْرِ الصَّغِيرِ مَعَ وُجُودِ الْجَدِّ .

فِرْعُ : [ الوصية بالدين والحج والكفارة ] :

وَمَنْ عَلَيْهِ دَيْنٌ ، أَوْ زَكَاةٌ ، أَوْ حَجٌّ ، أَوْ كَفَّارَةٌ . أَوْ كَانَ فِي يَدِهِ وَدِيعَةٌ ، أَوْ غَصْبٌ . . فَلَهُ أَنْ يَوْصِيَ إِلَى مَنْ يُخْرِجُ ذَلِكَ مِنْ تَرْكَتِهِ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا مَلَكَ أَنْ يَوْصِيَ بِالنَّظَرِ فِي أَمْرٍ غَيْرِهِ . . فَلَأَنْ يَمْلِكَ ذَلِكَ فِي خَاصَّةِ نَفْسِهِ أَوْلَى .

مَسْأَلَةٌ : [ الوصية بالثلث ] :

وَأَمَّا الْوَصِيَّةُ بِالْثُلُثِ : فَكُلُّ مَنْ مَلَكَ التَّصَرُّفَ فِي مَالِهِ بِالْبَيْعِ وَالْهَبَةِ . . مَلَكَ الْوَصِيَّةَ بِثُلْثِ مَالِهِ بِمَا فِيهِ قُرْبَةٌ ؛ لِقَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّتِي يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ ﴾ [النساء : ١٢] .  
وَرَوَى : أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « إِنَّ اللَّهَ أَعْطَاكُمْ ثُلْثَ أَمْوَالِكُمْ فِي آخِرِ آجَالِكُمْ زِيَادَةً فِي حَسَنَاتِكُمْ » <sup>(١)</sup> .

= عبد الله بن نافع مولى ابن عمر متفق على تضعيفه .

وأخرجه بألفاظ متعددة عنه أيضاً الدارقطني في « السنن » ( ٢٢٩/٣ و ٢٣٠ و ٢٣١ ) وفيه إرسال أو انقطاع .

ومن ألفاظه : « إنها يتيمة ، واليتيمة أولى بأمرها » و : « هي يتيمة ، ولا تنكح إلا بإذنها » .

(١) أخرجه عن معاذ بن جبل الطبراني في « الكبير » ( ٥٤/٢٠ ) ، والدارقطني في « السنن » ( ١٥٠/٤ ) في الوصايا ولفظه : « إن الله عز وجل قد تصدق عليكم بثلث أموالكم عند وفاتكم زيادة في حسناتكم . . » وفي الباب :

عن أبي الدرداء رواه أحمد في « المسند » ( ٤٤٠/٦ - ٤٤١ ) ، والبزار كما في « كشف =

وروي عن سعد بن أبي وقاص : أنه قال : مرضت بمكة عام الفتح مرضاً أشرفت فيه على الموت ، فدخل عليّ رسول الله ﷺ ، فقلت : يا رسول الله : إن لي مالاً كثيراً ، وإنما يرثني أبنائي لي ، أفأتصدق بمالي كله ؟ قال : « لا » . قلت : أفأتصدق بثلاثي مالي ؟ قال : « لا » . قلت : فبالشطر ؟ قال : « لا » . قلت : فبالثلث ؟ قال : « الثلث ، والثلث كثير » - وروي « كبير » - إنك أن تترك ورثتك أغنياء . . . خير من أن تتركهم عالة يتكففون الناس » فلم ينهه عن الثلث ، وإنما قال : هو كثير . فدل على جواز التصدق به .

و ( العالة ) : الفقراء .

قال الله تعالى : ﴿ وَجَدَكَ عَائِلًا فَأَغْنَى ﴾ [الضحى : ٨] .

وقوله : ( يتكففون الناس ) معناه : يسألون بأكفهم الناس .

فإن كان ورثته فقراء . . . فالمستحب له أن لا يوصي بجميع الثلث ؛ لقوله عليه الصلاة والسلام : « إنك أن تترك ورثتك أغنياء . . . خير من أن تتركهم عالة يتكففون الناس »<sup>(١)</sup> .

= الأستار » ( ١٨٣٢ ) مختصراً . قال الهيثمي في « المجمع » ( ٢١٥ / ٤ ) : وفيه أبو بكر بن أبي مريم وقد اختلط .

وعن أبي هريرة رواه ابن ماجه ( ٢٧٠٩ ) ، والطحاوي ( ٤١٩ / ٢ ) ، والبيهقي في « السنن الكبرى » ( ٢٦٩ / ٦ ) في الوصايا ولفظه : « إن الله تصدق عليكم عند وفاتكم . . . » وفيه طلحة بن عمرو الحضرمي ضعفه غير واحد .

وعن أبي بكر أخرجه ابن عدي ، والعقيلي في كتابيهما عن حفص بن عمر بن ميمون : متروك كما في « تلخيص الحبير » وعن خالد بن عبيد السلمي وهو مختلف في صحته رواه الطبراني ولفظه : « إن الله أعطاكم عند وفاتكم » وفيه ابن الحارث مجهول كما في « تلخيص الحبير » . ( ١٠٥ / ٣ ) . وكل طرقه ضعيفة لكن يقوي بعضها بعضاً .

وجاء في ( م ) : ( حياتكم ) .

(١) بفتح همزة ( أن ) وهو مبتدأ ، وخبره ( خير ) أي : ترك ورثتك أغنياء خير . وروي بكسر ( إن ) فهو شرط ، وجوابه محذوف تقديره : فهو خير .

يتكففون الناس : يأتونهم من كفهم : جوانبهم وأطرافهم مأخوذ من كفة القميص وهو طرفه وحاشيته ، أو يسألونهم وهم ما دون أكفهم ، أو يسألون مما في أكف الناس . أو يطلبون كفاً =

وإن كانوا أغنياء : أَسْتَحَبَّ لَهُ أَنْ يوصِيَ بجميعِ الثلثِ ؛ لأنه لَمَّا كرهَ لَهُ أَسْتِيفَاءُ الثلثِ إِذَا كانوا فقراءَ . . دَلَّ عَلَى أَنَّهُ يُسْتَحَبُّ لَهُ أَنْ يَسْتَوْفِيَ الثلثَ إِذَا كانوا أغنياءَ .

والمستحبُّ لِمَنْ رَأَى المريضَ يَجَنَفُ<sup>(١)</sup> فِي الوَصِيَّةِ أَنْ يَنْهَاهُ ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَلِيَخْشَ الَّذِينَ لَوْ تَرَكَوْا مِنْ خَلْفِهِمْ ذُرِّيَّةً ضِعَافًا خَافُوا عَلَيْهِمْ فَلْيَتَّقُوا اللَّهَ وَلْيَقُولُوا قَوْلًا سَدِيدًا ﴾<sup>(٢)</sup> [النساء : ٩] .

قَالَ أَهْلُ التَّفْسِيرِ : المرادُ بِذَلِكَ الحَاضِرُونَ عِنْدَ الموصي .

والمستحبُّ لِمَنْ أَرَادَ التَّصَدَّقَ : أَنْ يَفْعَلَ ذَلِكَ فِي صِحَّتِهِ ؛ لِمَا رَوَى أَبُو هُرَيْرَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ سُئِلَ عَنْ أَفْضَلِ الصَّدَقَةِ ، فَقَالَ : « أَنْ تَتَصَدَّقَ وَأَنْتَ صَحِيحٌ شَجِيحٌ تَخْشَى الْفَقْرَ وَتَأْمَلُ الْغِنَى ، وَلَا تَمَهِّلُ حَتَّى إِذَا بَلَغَتِ الْحُلُقُومَ . . قُلْتَ : لِفُلَانٍ كَذَا وَلِفُلَانٍ كَذَا وَقَدْ كَانَ لِفُلَانٍ »<sup>(٣)</sup> .

وإنِ اخْتَارَ الوَصِيَّةَ . . فالمستحبُّ لَهُ أَنْ يقدِّمَهَا ؛ لِمَا رَوَى أَبُو عَمْرٍ : أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « مَا حَقُّ امْرِئٍ مُسْلِمٍ عِنْدَهُ شَيْءٌ يُوصِي فِيهِ يَبِيتُ لَيْلَتَيْنِ إِلَّا وَوَصِيَّتُهُ مَكْتُوبَةٌ عِنْدَ رَأْسِهِ » .

قَالَ الشَّافِعِيُّ : ( معناه : ما الحِزْمُ ، وما الْأَحْوَطُ ، أو ما الاحتياطُ لَهُ ، إِلَّا هَذَا ) .

وَقَالَ غَيْرُهُ : هَذَا فِي الرَّجُلِ عِنْدَهُ أَمَانَاتٌ لِلنَّاسِ ، أو عَلَيْهِ ديونٌ لَهُمْ ، فتلزمُهُ الوَصِيَّةُ بِذَلِكَ .

إِذَا ثَبَتَ هَذَا : فَالنَّاسُ الموصي لَهُمْ عَلَى ثَلَاثَةِ أَضْرِبٍ :

= من طعام أو ما يكفون به جوعهم . يقال : تكفف السائل واستكف : إِذَا بَسَطَ كَفَّهُ لِلسَّوَالِ .

(١) الْجَنَفُ : الميلُ قَالَ تَعَالَى : ﴿ فَمَنْ خَافَ مِنْ مُوصٍ جَنَفًا أَوْ إِثْمًا ﴾ [البقرة : ١٨٢] وَقَالَ الشَّاعِرُ :

هَمُّ الْمَوْلَى وَإِنْ جَنَفُوا عَلَيْنَا وَإِنَّا مِنْ لِقَائِهِمْ لَزُورُ

(٢) السَّدَادُ : ضِدُّ الْفَسَادِ ، أَيُّ قَوْلًا قَصْدًا مُسْتَقِيمًا لَا مِيلَ فِيهِ .

(٣) أَخْرَجَهُ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ الْبَخَارِيُّ ( ١٤١٩ ) فِي الزَّكَاةِ وَ ( ٢٧٤٨ ) فِي الْوَصَايَا ، وَمُسْلِمٌ

( ١٠٣٢ ) فِي الزَّكَاةِ ، وَأَبُو دَاوُدَ ( ٢٨٦٥ ) فِي الْوَصَايَا ، وَالنَّسَائِيُّ فِي « الصَّغَرَى » ( ٢٥٤٢ )

فِي الزَّكَاةِ وَ ( ٣٦١١ ) ، وَابْنُ مَاجَهَ طَوَلًا ( ٢٧٠٦ ) فِي الْوَصَايَا .



[إحداها] : ضربٌ تجوزُ لَهُمُ الوصِيَّةُ ولا تجبُ ، بلا خلافٍ بينَ أَهْلِ الْعِلْمِ ، وهو : مَنْ كَانَ أَجْنَبِيًّا مِنَ الْمُوصِي ؛ لِأَنَّ الْبِرَاءَ بْنَ مَعْرُورٍ أَوْصَى لِلنَّبِيِّ ﷺ بِثُلْثِ مَالِهِ فَقَبِلَهَا مِنْهُ ، وَلَا قَرَابَةَ بَيْنَهُمَا ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَرَشِيٌّ وَالْبِرَاءُ أَنْصَارِيٌّ .

وَالضَّرْبُ الثَّانِي : تجوزُ لَهُمُ الوصِيَّةُ ولا تجبُ عِنْدَنَا ، وَهُمْ مَنْ لَا يَرِثُ الْمُوصِي وَبَيْنَهُمَا قَرَابَةٌ ، كَالْعَمَّاتِ وَالْخَالَاتِ ، وَسَائِرِ ذَوِي الْأَرْحَامِ . أَوْ كَانَ مَمَّنْ يَرِثُهُ إِلَّا أَنَّ هُنَاكَ مَنْ يَحْجُبُهُ .

وَقَالَ الضَّحَّاكُ ، وَالزَّهْرِيُّ ، وَأَبُو مَجْلَزٍ ، وَدَاوُدُ ، وَأَبْنُ جَرِيرٍ : ( تَجِبُ لَهُمُ الْوَصِيَّةُ ؛ لِقَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمُ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةَ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ ﴾ [البقرة : ١٨٠] . )

وَدَلِيلُنَا : قَوْلُهُ تَعَالَى : ﴿ وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَى بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ وَالْمُهَاجِرِينَ إِلَّا أَنْ تَفْعَلُوا إِلَى أَوْلِيَائِكُمْ مَعْرُوفًا ﴾ [الأحزاب : ٦] . وَفُسِّرَ ذَلِكَ بِالْوَصِيَّةِ ، فَجُعِلَ ذَلِكَ إِلَيْهِمْ .

وَلِقَوْلِهِ ﷺ : « مَا حَقُّ أَمْرِيءٍ مُسْلِمٍ لَهُ شَيْءٌ يُرِيدُ أَنْ يُوصِيَ بِهِ يَبِيتُ لَيْلَتَيْنِ إِلَّا وَوَصِيَّتُهُ مَكْتُوبَةٌ عِنْدَ رَأْسِهِ » فَعَلَّقَ الْوَصِيَّةَ عَلَى الْإِرَادَةِ .

وَلِقَوْلِهِ ﷺ : « إِنَّكَ أَنْ تَتْرَكَ وَرَثَتَكَ أَغْنِيَاءَ . . خَيْرٌ مِنْ أَنْ تَتْرَكَهُمْ عَالَةً » . وَهَذَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّهَا لَا تَجِبُ ؛ لِأَنَّ تَرَكَ الْوَارِثِ غَنِيًّا لَا يَكُونُ خَيْرًا مِنَ الْوَاجِبِ .

وَرَوَى : ( أَنَّ عَلِيًّا رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ دَخَلَ عَلَى [رَجُلٍ مِنْ بَنِي] هَاشِمٍ ، فَقَالَ لَهُ : لِي ثَمَانِ مِئَةِ دِرْهَمٍ ، أَفَأُوصِي ؟ قَالَ : لَا ) (١) .

وَرَوَى : ( أَنَّ أَبْنَ عَبَّاسٍ دَخَلَ عَلَى مَرِيضٍ ، فَقَالَ : لِي سَبْعُ مِئَةِ دِرْهَمٍ ، أَفَأُوصِي ؟ قَالَ : لَا ، إِنَّكَ لَا تَتْرَكَ خَيْرًا ) (٢) . وَالْخَبَرُ عِنْدَهُ ثَمَانِي مِئَةِ دِرْهَمٍ . وَقِيلَ : أَلْفٌ .

(١) أَخْرَجَ خَيْرُ عَلِيِّ الْمُرْتَضَى عَبْدُ الرَّزَّاقِ فِي « الْمَصْنَفِ » ( ١٦٣٥٢ ) ، وَابْنُ أَبِي حَتْمٍ فِي « السِّنَنِ الْكَبِيرِ » ( ٢٧٠ / ٦ ) مِنْ طَرِيقَيْنِ فِي الْوَصَايَا . وَلَكِنْ لَيْسَ فِيهِمَا ذِكْرُ : ( ثَمَانِ مِئَةِ دِرْهَمٍ ) .

(٢) أَخْرَجَ خَيْرُ ابْنِ عَبَّاسٍ مِنْ طَرِيقِ طَاوُوسِ عَبْدِ الرَّزَّاقِ فِي « الْمَصْنَفِ » ( ١٦٣٥٣ ) ، وَابْنُ أَبِي حَتْمٍ فِي « السِّنَنِ الْكَبِيرِ » ( ٢٧٠ / ٦ ) فِي الْوَصَايَا ، وَلَيْسَ عِنْدَ عَبْدِ الرَّزَّاقِ ذِكْرُ ( السَّبْعِ مِئَةٍ ) ، وَجَاءَ =



وكذلك روي عن ابن عمر وعائشة<sup>(١)</sup> . وأمّا الآية : فمنسوخة بآية المواريث<sup>(٢)</sup> .

والضرب الثالث : إذا أوصى رجل لوارثه<sup>(٣)</sup> :

قال الشيخ أبو حامد : فلا تصح الوصية له ، قولاً واحداً ؛ لما روى أبو أمامة : أنَّ النبي ﷺ قال : « إِنَّ اللَّهَ قَدْ أَعْطَى كُلَّ ذِي حَقٍّ حَقَّهُ ، فَلَا وَصِيَّةَ لَوَارِثٍ »<sup>(٤)</sup> .

وروى ابن عباس : أنَّ النبي ﷺ قال : « لَا تَجُوزُ الْوَصِيَّةُ لَوَارِثٍ إِلَّا أَنْ يَشَاءَ الْوَرَثَةُ »<sup>(٥)</sup> فَإِنْ أَجَازَ سَائِرُ الْوَرَثَةِ الْوَصِيَّةَ ، فَهَلْ تَكُونُ إِجَازَتُهُمْ لَهَا تَنْفِيذاً لِمَا فَعَلَهُ الْمَوْصِي ، أَوْ أَبْتَدَاءً عَطِيَّةً ؟ مِنْهُمْ مَنْ قَالَ : فِيهِ قَوْلَانِ :

أحدهما : إِنَّهُ أَبْتَدَاءُ عَطِيَّةٍ مِنْهُمْ ؛ لحديث أبي أمامة : أنَّ النبي ﷺ قال : « لَا وَصِيَّةَ لَوَارِثٍ » ولأنَّهَا عَطِيَّةٌ لَا تَلْزِمُ فِي حَقِّ الْوَارِثِ ، فَكَانَتْ أَبْتَدَاءً عَطِيَّةً مِنْهُ ، كَمَا لَوْ وَهَبَهُ الْوَارِثُ شَيْئاً مِنْ مَالِ نَفْسِهِ .

= عند عبد الرزاق في « المصنف » ( ١٦٣٥١ ) : عن عروة قال : دخل علي مولى لهم في الموت فقال : يا علي ألا أوصي ، فقال علي : إنما قال الله تبارك وتعالى : ﴿ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا ﴾ وليس لك كثير مال ، قال : وكان له سبع مئة درهم .

(١) أخرج خبر عائشة الصديقة عبد الرزاق في « المصنف » ( ١٦٣٥٤ ) و ( ١٦٣٥٥ ) ، والبيهقي في « السنن الكبرى » ( ٢٧٠ / ٦ ) في الوصايا وفيه : ( ما في هذا فضل عن ولده ) و : ( إن ذلك لقليل ) و : ( إن هذا لشيء يسير فاتركه لعيالك ) .

(٢) النسخ - لغة - : إزالة الحكم ، ولا تجب الوصية إلا على من عليه دين أو عنده وديعة أو عليه واجب في ذمته ؛ لأنه تعالى أوجب أداء الأمانات إلى أهلها .

(٣) لما أخرج عن عمرو بن خارجة النسائي في « الصغرى » ( ٣٦٤١ ) ، والدارقطني في « السنن » ( ١٥٢ / ٤ ) ، والبيهقي في « السنن الكبرى » ( ٢٦٤ / ٦ ) في الوصايا ، بلفظ : « لَا وَصِيَّةَ لَوَارِثٍ إِلَّا أَنْ يَجِيزَ الْوَرَثَةُ » .

(٤) أخرجه عن أبي أمامة أبو داود ( ٢٨٧٠ ) في الوصايا و ( ٣٥٦٥ ) في البيوع ، والترمذي ( ٢١٢١ ) مطولاً ، وابن ماجه ( ٢٧١٣ ) ، وابن الجارود في « المنتقى » ( ٩٤٩ ) في الوصايا .

قال الترمذي : هذا حديث حسن صحيح ، وفي الباب :

عن أنس رواه ابن ماجه ( ٢٧١٤ ) قال في « الزوائد » : إسناده صحيح .

(٥) أخرجه عن ابن عباس من طريقين الدارقطني في « السنن » ( ٩٧ / ٤ و ٩٨ ) ، والبيهقي في « السنن الكبرى » ( ٢٦٣ / ٦ و ٢٦٤ ) في الوصايا . وقال : عطاء الخراساني غير قوي .

والثاني : إِنَّهُ تَنْفِيزٌ لِمَا فَعَلَهُ الْمُوصِي . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَهُوَ الْأَصَحُّ ؛  
لِحَدِيثِ أَبِي عَبَّاسٍ : أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « لَا تَجُوزُ الْوَصِيَّةُ لِلْوَارِثِ إِلَّا أَنْ يَشَاءَ الْوَرَثَةُ »  
فَدَلٌّ عَلَى أَنَّهُمْ إِذَا شَاءُوا . . جازتِ الوصية .

وَقَالَ الشَّيْخُ أَبُو إِسْحَاقَ : هَلْ تَصَحُّ الْوَصِيَّةُ لِلْوَارِثِ ؟ عَلَى قَوْلَيْنِ ، وَوَجْهُهُمَا  
مَا ذَكَرْنَاهُ .

فَإِذَا قُلْنَا : تَصَحُّ الْوَصِيَّةُ لَهُ ، فَلَا يَبْقَى مَعْنَى صَحَّتْ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ ، حَكَاهُمَا  
المسعودي [في « الإبانة » ق/ ٤١٠] :

أَحَدُهُمَا : صَحَّتْ ؛ لِأَنَّهُ أَلْحَقَهُ بِالْأَجْنَبِيِّ .

وَالثَّانِي : لِأَنَّهُ قَصَدَ تَفْضِيلَهُ . وَتَأْتِي فَائِدَتُهُمَا فِيمَا بَعْدُ .

مَسْأَلَةٌ : [الوصية بأكثر من الثلث] :

وَإِذَا أَوْصَى بِمَا زَادَ عَلَى ثُلْثِ مَالِهِ : فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَارِثٌ مُتَعَيِّنٌ<sup>(١)</sup> . . لَمْ تَصَحَّ  
الْوَصِيَّةُ بِمَا زَادَ عَلَى الثُّلْثِ . وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ ، وَأَهْلُ الْمَدِينَةِ .

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : ( تَصَحُّ ) .

دَلِيلُنَا : قَوْلُهُ ﷺ : « إِنَّ اللَّهَ أَعْطَاكُمْ ثُلْثَ أَمْوَالِكُمْ عِنْدَ وَفَاتِكُمْ » وَلَمْ يَفَرِّقْ ، وَلِأَنَّ  
مَا زَادَ عَلَى الثُّلْثِ مَوْقُوفٌ عَلَى إِجَازَةِ الْوَرَثَةِ ، وَلَا وَارِثَ لَهُ غَيْرُ الْمُسْلِمِينَ ، وَهُمْ غَيْرُ  
مُعَيَّنِينَ ، وَلَا تَتَأْتِي الْإِجَازَةُ مِنْهُمْ .

وَإِنْ كَانَ لَهُ وَارِثٌ مُتَعَيِّنٌ . . فَالْحَكْمُ فِيهِ كَالْحَكْمِ فِيمَنْ أَوْصَى لَوَارِثِهِ .

قَالَ الشَّيْخُ أَبُو حَامِدٍ : لَا تَصَحُّ الْوَصِيَّةُ بِمَا زَادَ عَلَى الثُّلْثِ ، قَوْلًا وَاحِدًا .

فَإِنْ أُجَازَهُ الْوَرَثَةُ . . فَهَلْ يَكُونُ ذَلِكَ تَنْفِيزًا لِمَا فَعَلَهُ<sup>(٢)</sup> الْمُوصِي ، أَوْ أَبْتِدَاءَ عَطِيَّةٍ مِنَ  
الْوَرَثَةِ ؟ عَلَى قَوْلَيْنِ .

(١) فِي ( م ) : ( مُعَيَّن ) فِي الْمَوْضِعِينَ .

(٢) فِي ( م ) : ( وَصِيَّةٌ لَوَارِثٍ مِنْ ) .

وقال الشيخ أبو إسحاق : هل تصح الوصية بما زاد على الثلث ؟ فيه قولان :  
أحدهما : لا تصح<sup>(١)</sup> ؛ لـ : ( أن النبي ﷺ نهى سعداً عن الوصية بما زاد على  
الثلث ) والنهي يقتضي فساد المنهي عنه .

والثاني : تصح ؛ لأن الوصية صادفت ملكه ، وإنما يتعلق بها حق الوارث فيما  
بعد ، وذلك لا يمنع صحة تصرفه ، كما لو اشترى رجل شقصاً فيه شفعة ، فباع  
الشقص قبل أن يأخذه الشفع .

فإن قلنا : إن إجازة الورثة في الوصية للوارث فيما زاد على الثلث تنفيذ لما فعله  
الموصي . . كفاهم لفظ الإجازة ، ولا يحتاج الموصي له إلى قبول الإجازة .

وإن قلنا : إن إجازة الورثة ابتداء عطية منهم . . ففيه وجهان :

[إحدهما] : قال الشيخان - أبو حامد وأبو إسحاق - : لا يصح ذلك إلا بما تصح به  
الهبه من الإيجاب والقبول ، والإذن بالقبض ، والقبض .

و[الثاني] : قال القفال ، والمسعودي [في « الإبانة » ق/ ٤١٠] ، وأبن الصبّاح : يكفي  
لفظ الإجازة على القولين ؛ لأن الشافعي رحمه الله قال في جميع كتبه : ( إذا أجاز  
الورثة ذلك . . كانت عطية ) ولأن النبي ﷺ قال : « لا وصية لوارث إلا أن يجيز  
الورثة » فعلقها على الإجازة ، فدل على أنهم إذا أجازوها بلفظ الإجازة . . صح .

وإن أعتق المريض عبداً لا مال له غيره . . عتق ثلثه عليه ، وثبت ولاؤه له .

وأما ثلثاه : فإن لم يجز الورثة العتق . . رُق . وإن أجازوه :

فإن قلنا : إن الإجازة تنفيذ لما فعله الميت . . كفاهم لفظ الإجازة ، وكان ولاء  
جميع العبد للمريض .

وإن قلنا : إن الإجازة ابتداء عطية منهم . . فهل تفتقر إلى لفظ العتق ، أو يكفي فيه  
لفظ الإجازة ؟ على وجهين .

(١) في حاشية نسخة : ( هذا القول قول أبي الطيب والرويان وغيرهما إنه الصحيح .

وقال البندنجي : إنه المنصوص عليه في عامة كتبه ، وفي عامة أبواب « الأم » . من  
« شرح التنبيه » لابن الرفعة ) .

وهل يكونُ ولاءٌ ما زادَ على الثلثِ للمريضِ ، ولوارثه إذا قلنا : لا يعتقُ إلاَّ بإعتاقِ الوارثِ ؟ فيه وجهان :

أحدهما : أنَّ ولاءَهُ للوارثِ ؛ لأنَّه باشرَ عتقه .

والثاني : أنَّه للموصي . وهو قولُ ابنِ اللَّبَّانِ ؛ لأنَّ الوارثَ وإنْ باشرَ عتقه إلاَّ أنَّه أعتقه عَنِ الميِّتِ بإذنه ، وَمَنْ أعتقَ عَنْ غيرِهِ عبدهُ بإذنه . . فَإِنَّ ولاءَهُ للمعتقِ عنه .

فرعٌ : [إجازة الورثة الوصية بعد الموت] :

وإذا ماتَ الموصي فأجازَ ورثته وصيته فيما زادَ على الثلثِ ، أو أجازوا وصيته لوارثه . . صحَّتْ الإجازةُ .

وإنْ أجازوا ذلكَ قبلَ موتِ الموصي . . لم تصحَّ الإجازةُ ، سواءً أجازوا ذلكَ في صحَّةِ الموصي ، أو في مرضِ موته . وبه قالَ ابنُ مسعودٍ ، وشريحٌ ، وطاووسٌ ، والثوريُّ ، وأبو حنيفةً ، وأصحابه ، وأحمدُ .

وقالَ الحسنُ ، وعطاءٌ ، والزهرِيُّ ، وربيعَةُ : تصحُّ الإجازةُ .

وقالَ مالكٌ ، والأوزاعيُّ ، وابنُ أبي ليلَى : ( إنْ أجازوا ذلكَ في صحَّةِ الموصي . . لم تصحَّ . وإنْ أجازوا ذلكَ في مرضِ موته . . صحَّتْ إجازتهم ) .

دليلنا : أنَّه لا حقٌّ للوارثِ قبلَ موتِ الموصي ، فلم تصحَّ إجازتهُ ، كما لو عفا الشفيعُ عَنِ الشُّفْعَةِ قبلَ البيعِ .

فرعٌ : [اختلفا بعد إجازة الوصية لكثرتها] :

وإنْ أوصى لرجلٍ بثلاثي ماله ، وماتَ الموصي ، فأجازَ الوارثُ الوصيةَ ، ثمَّ قالَ : أجزتهُ لأنني ظننتُ أنَّ الذي أجزتهُ يسيرٌ وقد بانَ لي أنَّه كثيرٌ :

فإنْ كانَ معَ الموصي له بيِّنَةٌ أنَّ الوارثَ يعلمُ قدرَ ما أجازَهُ . . لزمتهُ الإجازةُ في الجميعِ .

وإنْ لم يكنْ معه بيِّنَةٌ . . لزمَ الوارثُ الإجازةُ في قدرِ ما علمَهُ مِنَ المالِ ، والقولُ

قوله مع يمينه فيما لم يعلمه ؛ لأنَّ الإجازة كالإسقاط في أحد القولين ، وكالهبية في الآخر . والجميع لا يصح مع الجهالة<sup>(١)</sup> به .

وإن أوصى لرجل بعبد ، وقيمتُهُ أكثر من ثلث المال ، وأجازهُ الوارث ، ثمَّ قال : ظننتُ أنَّ الزيادة على الثلث يسيرة فأجزته ، وقد بان أنَّه كثيرٌ . . ففيه قولان : أحدهما : أنَّها كالمسألة قبلها .

والثاني : يلزم الوارث الإجازة في العبد ، ولا يُقبلُ قوله أنَّه لا يعلمُ قدر ما أجازهُ ؛ لأنَّ الموصي به هاهنا شيءٌ بعينه ، وقد أجازهُ ، فلم يُقبلُ قوله ، وفي التي قبلها : الوصية في جزءٍ مُشاعٍ ، فقبلُ قوله .

فرعٌ : [الوصية للوارث بقدر الإرث] :

وإن أوصى لأحدٍ ورثته بما كان نصيبُهُ من جهة الميراث بالقيمة إلاَّ أنَّه عيَّن له عيناً ، مثل أن يموت رجلٌ وخلفَ ابناً وابنةً ، وخلفَ داراً بألفٍ ، وأوصى بها للابن ، وعبدًا بخمسين مئةً ، وأوصى به للابنة . . فهل تصحُّ الوصية ؟ فيه وجهان ، حكاهما المسعوديُّ [في « الإبانة » ق/ ٤٣٦] :

أحدهما : تصحُّ ، ولا تفتقرُ إلى إجازة ؛ لأنَّ حقوقَ الورثة في المقادير لا في الأعيان ، فهو كما لو باع الدارَ من ابنه بألفٍ ، وباع العبدَ من ابنته بخمسين مئةً في مرضٍ موته .  
والثاني : لا تصحُّ الوصية لهما من غير إجازة ؛ لأنَّ الوارث قد يكون له غرضٌ في ملك العين ، فلا يجوزُ للموصي إبطالُ ذلك عليه .

فرعٌ : [وقت اعتبار قيمة الثلث] :

وفي الوقت الذي يُعتبرُ به المالُ لإخراج الثلث وجهان :  
أحدهما : أنَّ الاعتبارَ به وقتُ الوصية ؛ لأنَّ الوصية عقدٌ على المال ، فكان الاعتبارُ بقدرِ المالِ وقتَ العقد ، كالبيع والنذر .

(١) في (م) : (الجهل) .



فعلى هذا : إذا أوصى له بثلث ماله ، ولا مال له وقت الوصية . . لم تصح له الوصية ، وإن استفاد مالا بعد ذلك . . لم تعلق به الوصية الأولى .  
وإن كان ثلثه عند الوصية ألفاً ، فصار عند الوفاة ألفين . . لم تصح الوصية إلا بالثلث ، وهو عند الوصية ألف<sup>(١)</sup> .

وإن كان له مال عند الوصية ، فهلك ذلك المال واستفاد مالا آخر . . لم تعلق به الوصية الأولى .

والوجه الثاني - وهو المذهب ، وهو قول أهل العراق ، قال الشيخ أبو حامد : وأظنه إجماعاً - : أن الاعتبار بالمال وقت موت الموصي ؛ لأن الوصية وعد في حياة الموصي لا حكم لها ، وإنما تجب ويصير لها حكم بوفاته ، فأعبر المال وقت وجوبها ، ولأنه لا خلاف أنه لو وصى بثلث ماله ، وله مال فباعه ، فإن الوصية تعلق بالثمن ، فلو كان الاعتبار بالمال وقت الوصية . . لبطلت هاهنا .

فعلى هذا : إذا وصى بثلث ماله وكان له ألف ، فصار عند الوفاة ألفين ، أو كان له مال وقت الوصية فهلك واستفاد غيره . . تعلق الوصية بجميع ماله الموجود عند موته .

وإن وصى لرجل بثلث ماله ، ولا مال له . . ففيه وجهان :  
أحدهما : تصح الوصية ، فإن استفاد مالا بعد ذلك . . تعلق به الوصية الأولى ؛ لما ذكرناه .

والثاني - حكاه أبو اللبان - : لا تصح الوصية حتى يكون له مال وإن قل<sup>(٢)</sup> ؛ لتوجه إليه الوصية . وهذا ليس بشيء .

مسألة : [وصية الصغير والسفيه بقربة] :

وهل تصح وصية الصبي المميز ، والمحجور عليه للسفه ، بما فيه قربة ؟ فيه قولان :

(١) في ( م ) : ( إلا بثلث الألف ) .

(٢) في حاشية نسخة : ( هذا وجه ذكره في « التنبيه » ولم يذكره في « المذهب » ) .

أحدهما : لا تصح ؛ لأنه لا يصح تصرفه في ماله بالبيع والهبة ، فلم تصح وصيته كغير المميز .

والثاني : تصح ؛ لأنه إنما منع من بيع ماله وهبته خوفاً من إضاعته ، وبالوصية لا يضيع ماله ؛ لأنه إن عاش . . فالمال باقٍ على ملكه ، وإن مات . . فله حاجة إلى الثواب ، والثواب يحصل له بالوصية .

**مسألة :** [فساد الوصية بما فيه معصية] :

ولا تصح الوصية بما لا قرينة فيه ، كالوصية لمن يرتد عن الدين ، ويقطع الطريق .  
وكالوصية للكنايس ، والبيع<sup>(١)</sup> ، والوصية بالسلاح لأهل الحرب ؛ لأن ذلك إعانة على المعصية ، والوصية إنما جعلت لاكتساب الحسنات .

وإن وصى للحربي بغير السلاح . . فهل تصح وصيته ؟ فيه وجهان :

أحدهما : لا تصح . وهو قول أبي حنيفة ؛ لأننا مأمورون بقتله ، فلا معنى للوصية له .

والثاني : تصح . وهو المذهب ؛ لقوله تعالى : ﴿ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ ﴾ [النساء : ١١] ولم يفرق ، ولأن من صح تملكه بالبيع . . صحَّت الوصية له ، كالمسلم .  
وتصح الوصية للذمي ؛ لـ : ( أن صفة زوج النبي ﷺ وصت لأخيها بثلاثها ، ثلاثين ألفاً ، وكان ذمياً يهودياً )<sup>(٢)</sup> .

(١) في حاشية نسخة : ( الكنايس لليهود ، والبيع للنصارى ، أو بالعكس ؟ فيه قولان لأهل اللغة ، ويأتي الكلام عليهما في ( اللعان ) و ( الجزية ) والمشهور الأول ، قطع به في « المذهب » ) .  
(٢) أخرجه عن يحيى بن سعيد بلاغاً ، وعن نافع ، وعن عطاء ابن أبي شيبه في « المصنف » ( ٢٨٧ / ٧ ) في الوصايا ، باب ( ١٢ ) : في الوصية لليهودي والنصراني ومن رآها جائزة . وعن عكرمة ، وأم علقمة مولاة عائشة وابن عمر البيهقي في « السنن الكبرى » ( ٢٨١ / ٦ ) في الوصايا .

فرعٌ : [وصى ببيع فيه محاباة] :

وإن وصى ببيع عينٍ من رجلٍ بمحاباةٍ . . صحّت الوصية ؛ لأنّ في ذلك نفعاً للموصى له .

وإن وصى أن تباع إليه من غير محاباة . . ففيه وجهان :

أحدهما : لا تصحّ الوصية ؛ لأنّه لا منفعة للموصى له في البيع إليه من غير محاباة .

والثاني : تصحّ الوصية ؛ لأنّه قصد تخصيصه بملك المبيع .

مسألةٌ : [الوصية للقاتل] :

وإن وصى لقاتله . . فهل تصحّ ؟ فيه قولان :

أحدهما : لا تصحّ<sup>(١)</sup> . وبه قال أبو حنيفة ؛ لما روى ابنُ عمر : أنّ النبي ﷺ قال : « لا يُقَادُ وَالِدٌ بَوْلَدِهِ ، وَلَيْسَ لِلْقَاتِلِ شَيْءٌ »<sup>(٢)</sup> .

وهذا عامٌ ، ولأنّه مالٌ مستحقٌّ بالموت ، فلم يستحقّه القاتلُ ، كالميراث . وفيه احترازٌ من الدّين الثابت له عليه .

(١) لما أخرجه عن علي المرتضى الدارقطني في « السنن » ( ٢٣٧/٤ ) ، والبيهقي في « السنن الكبرى » ( ٢٨١/٦ ) في الوصايا ، بلفظ : « ليس لقاتل وصية » لكن فيه مبشر بن عبيد متروك الحديث .

(٢) أخرجه عن عمر أمير المؤمنين الحاكم في « المستدرک » ( ٢١٦/٢ ) وتعقبه الذهبي بقوله : قلت : بل عمر بن عيسى منكر الحديث ، وفي ( ٣٦٨/٢ ) وصححه ووافقه الذهبي وفيه عمر بن عيسى . ورواه عنه أيضاً البيهقي في « المعرفة » و« السنن الكبرى » ( ٣٨/٨ ) بلفظ : لولا أنّي سمعت رسول الله ﷺ يقول : « لا يقاد الأب من ابنه » لقتلتك ، هلم ديتك ، فأتاه بها فدفعها إلى ورثته . قال ابن الملقن في « تحفة المحتاج » ( ١٥٤٧ ) : إسناده صحيح ، وأقره صاحب « الإلمام » ( ١٢٢٤ ) على ذلك .

والثاني : تصحُّ الوصية . وبه قال مالك ؛ لقوله تعالى : ﴿ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّتِهِ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ ﴾ [النساء : ١٢] ولم يفرَّق<sup>(١)</sup> ، ولأنَّه تملك يفتقر إلى القبول ، فلم يمنع القتل منه ، كالبيع . وفيه احتراز من الميراث .

قال المسعودي [في « الإبانة »] : واختلف أصحابنا في موضع القولين : فمنهم من قال : القولان إذا وصَّى رجل لرجل ، ثم قتل الموصي له الموصي . فأما إذا جرح رجل رجلاً ، ثم أوصى المجروح للجرح ، ثم مات المجروح . فيصح قولاً واحداً .

ومنهم من قال : القولان في الحالين ، وهو قول الشيخ أبي حامد ، وهو المشهور .

فرع : [قتل أم ولد مولاها] :

وإن قُتِلَت أم ولد مولاها . . عتقت بموته ؛ لأنَّ عتقها ليس بوصية .

وإن قُتِلَ المدبّر مولاها :

فإن قلنا : إنَّ التدبير عتق بصفة . . عتق المدبّر .

وإن قلنا : إنَّه وصية . . كان في عتقه القولان في الوصية للقاتل .

وإن كان لرجل على آخر دين مؤجَّل ، فقتل من له الدين من عليه الدين قبل حلوله . . حلَّ الدين ؛ لأنَّ حلوله حظ لمن عليه الدين ؛ لإبراء ذمته .

مسألة : [الوصية ممن يملك] :

ولا تصحُّ الوصية لمن لا يملك ، فإن وصَّى لميت . . لم تصحَّ الوصية ، سواء ظنَّه حياً ، أو علمه ميتاً . وبه قال أبو حنيفة .

(١) في حاشية نسخة : ( لقوله ﷺ : « لا وصية لو ارث » فإنه يدلُّ على أن الوصية للأجنبي صحيحه سواء كان قاتلاً أو غيره . من « شرح التنبيه » لابن الرفعة ) .

وقال مالك : ( إِنَّ ظَنَّهُ حَيًّا فَبَانَ أَنَّهُ مَيِّتٌ . . بَطَلَتِ الْوَصِيَّةُ . وَإِنْ عَلِمَهُ مَيِّتًا . . صَحَّتِ الْوَصِيَّةُ ، وَتَكُونُ لَوَارِثِهِ ) .

دليلنا : أَنَّهُ تَمْلِكُ ، فَلَمْ تَصَحَّ لِلْمَيِّتِ ، كَالْهَبَةِ ، وَلِأَنَّهَا وَصِيَّةٌ لِمَيِّتٍ ، فَلَمْ تَصَحَّ ، كَمَا لَوْ ظَنَّهُ حَيًّا .

فرع : [الوصية لحمل امرأة] :

وإن وصَّى لحمل امرأة وكان موجوداً حال الوصية . . صحَّت ؛ لأنَّ الوصية أوسع من الميراث ، بدليل : أَنَّ كُلَّ مَنْ وَرِثَ الْمَالَ صَحَّتِ الْوَصِيَّةُ لَهُ ، وَقَدْ تَصَحَّ الْوَصِيَّةُ لِمَنْ لَا يَرِثُ ، وَهُوَ الْعَبْدُ . وَالْحَمْلُ مَمَّنْ يَرِثُ ، فَصَحَّتْ لَهُ الْوَصِيَّةُ ، وَلِأَنَّ أَكْثَرَ مَا فِي الْحَمْلِ الْغَرَرُ وَالْجَهَالَةُ بِهِ ، وَذَلِكَ لَا يُوَثِّرُ فِي الْوَصِيَّةِ .

إذا ثبتَ هذا : فَإِنْ خَرَجَ الْحَمْلُ مَيِّتًا . . لَمْ تَصَحَّ الْوَصِيَّةُ ؛ لِأَنَّا لَا نَتَيَقَّنُ حَيَاتَهُ عِنْدَ الْوَصِيَّةِ .

وإن خرجَ حياً : فَإِنْ وَضَعْتُهُ لِدُونِ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ حِينَ الْوَصِيَّةِ . . صَحَّتِ الْوَصِيَّةُ ، سَوَاءً كَانَتْ فِرَاشاً لَزَوْجٍ أَوْ لِسَيِّدٍ ، أَوْ لَمْ تَكُنْ فِرَاشاً ؛ لِأَنَّا نَتَيَقَّنُ وَجُودَهُ حِينَ الْوَصِيَّةِ .

وإن وضعته لأكثرَ من أربع سنينَ مِنْ حِينَ الْوَصِيَّةِ . . لَمْ تَصَحَّ الْوَصِيَّةُ ، سَوَاءً كَانَتْ فِرَاشاً أَوْ لَمْ تَكُنْ ؛ لِأَنَّا لَا نَتَيَقَّنُ وَجُودَهُ عِنْدَ الْوَصِيَّةِ .

وإن وضعته لستة أشهرٍ فما زادَ إلى أربع سنينَ مِنْ حِينَ الْوَصِيَّةِ : فَإِنْ كَانَتْ فِرَاشاً لَزَوْجٍ أَوْ سَيِّدٍ أَقَرَّ بَوَاطِنُهَا . . لَمْ تَصَحَّ لَهُ الْوَصِيَّةُ ؛ لِأَنَّا لَا نَتَيَقَّنُ وَجُودَهُ عِنْدَ الْوَصِيَّةِ ، بَلْ يَجُوزُ حَدُوثُهُ بَعْدَ الْوَصِيَّةِ .

وإن كانت غيرَ فراشٍ . . فنقلَ البغدادِيُّونَ مِنْ أَصْحَابِنَا : أَنَّ الْوَصِيَّةَ تَصَحُّ لَهُ ؛ لِأَنَّا نَحْكُمُ بِوُجُودِهِ حَالَ الْوَصِيَّةِ ، بِدَلِيلٍ : أَنَّهُ يَلْحَقُ بِالزَّوْجِ .

ونقلَ المسعوديُّ [في « الإبانة »] فِي ذَلِكَ قَوْلَيْنِ :

أحدهما : تَصَحَّ الْوَصِيَّةُ لَهُ ؛ لِمَا ذَكَرْنَاهُ .



والثاني : لا تصحُّ الوصية ؛ لأنَّ النَّسَبَ يثبتُ بالاحتمالِ ، والوصية لا تثبتُ بالاحتمالِ .

وإنَّ وَصَّى لِمَا تَحْمِلُ هَذِهِ الْمَرْأَةُ . . ففيه وجهان :

[أحدهما] : قَالَ أَبُو إِسْحَاقَ : تصحُّ الوصية له وإنَّ كَانَ معدوماً حالَ الوصية . فعلى هذا : إِذَا حَمَلَتْ بَعْدَ الوصية له . . صحَّتِ الوصية ؛ لأنَّ الموصيَ لَمْ يَعتَبَرْ وجودُهُ ، بخلافِ الأولى .

و[الثاني] : قَالَ عَامَّةُ أَصْحَابِنَا : لا تصحُّ الوصية له ؛ لأنَّ الوصية لا تصحُّ لمعدوم .

وإنَّ قَالَ : وَصَّيْتُ بِثَلَاثِي لِحَمَلِ هَذِهِ الْمَرْأَةِ مِنْ فُلَانٍ . . لَمْ تصحَّ الوصية له إِلَّا بشرطين :

أحدهما : وجودُهُ حالَ الوصية على ما مضى

والثاني : ثبوتُ نَسَبِهِ مِنْ أَبِيهِ الْمَذْكُورِ .

فإنَّ أَتَتْ بُولِدٍ يَلْحَقُ ذَلِكَ الرَّجُلَ بِالْإِمْكَانِ ، وَنَتِيقُنُ وجودَهُ حالَ الوصية ، فنفاهُ ذَلِكَ الرَّجُلُ بِاللُّعَانِ . . ففيه وجهان :

[أحدهما] : قَالَ أَبُو الْعَبَّاسِ : ينتفي عنه ، ولا تبطلُ الوصية له ؛ لأنَّ النفيَ حكمٌ يتعلَّقُ بَيْنَ الْوَلَدِ وَالْوَالِدِ ، فَلَمْ يَتَعَلَّقْ بِهِ حُكْمٌ آخَرُ ، بِدَلِيلٍ : أَنَّ الْمَرْأَةَ تَعْتَدُ بِوَضْعِهِ .

والثاني - وهو قولُ عَامَّةِ أَصْحَابِنَا - : أَنَّ الوصية لا تصحُّ ؛ لأنَّ الوصية له تثبتُ بشرطين : وجودُهُ حالَ الوصية ، وثبوتُ نَسَبِهِ مِنْ ذَلِكَ الرَّجُلِ . وبِاللُّعَانِ سَقَطَ نَسَبُهُ عَنْهُ ، فَلَمْ تصحَّ لَهُ الوصية .

فرعٌ : [الوصية للحمل تشمل الجنسين] :

وكلُّ موضعٍ صحَّحْنَا الوصيةَ فِيهِ لِلْحَمَلِ : فَإِنْ وَلَدَتْ ذَكَرًا أَوْ أُنْثَى . . أُعْطِيَ ذَلِكَ كَلَّهُ . وَإِنْ وَلَدَتْ ذَكَرَيْنِ أَوْ أُنْثَيَيْنِ أَوْ ذَكَرًا وَأُنْثَى . . صُرِفَ إِلَيْهِمَا بِالسُّوِيَّةِ ؛ لِأَنَّهَا عَطِيَّةٌ فَلَمْ يَفْضَلِ الذَّكَرُ فِيهَا عَلَى الْأُنْثَى ، كَمَا لَوْ وَهَبَ لهُمَا . وهكذا : إِنْ وَلَدَتْ ذَكَرًا وَأُنْثَى

وخنثى. . . صُرِفَتِ الوَصِيَّةُ إِلَيْهِمْ أَثَلَاثًا ؛ لِمَا ذَكَرْنَاهُ .

وَإِنْ قَالَ : إِنْ وَلَدْتُ هَذِهِ الْمَرْأَةُ ذَكَرًا فَلَهُ أَلْفٌ ، وَإِنْ وَلَدْتُ أُنْثَى فَلَهَا مِئَةٌ : فَإِنْ وَلَدْتُ ذَكَرًا. . . كَانَ لَهُ أَلْفٌ ، وَإِنْ وَلَدْتُ أُنْثَى. . . كَانَ لَهَا مِئَةٌ . وَإِنْ وَلَدْتُ خَنْثَى. . . اسْتَحَقَّ الْمِئَةُ ؛ لِأَنَّهُ يَقِينٌ<sup>(١)</sup> ، وَوُقِفَ مَا زَادَ عَلَى الْمِئَةِ إِلَى الْأَلْفِ . فَإِنْ تَبَيَّنَ أَنَّهُ أَمْرَأَةٌ. . . لَمْ يَسْتَحَقَّهُ ، وَإِنْ تَبَيَّنَ أَنَّهُ رَجُلٌ. . . اسْتَحَقَّهُ .

وَإِنْ وَلَدْتُ ذَكَرًا وَأُنْثَى. . . اسْتَحَقَّ الذَّكَرُ الْأَلْفَ ، وَالْأُنْثَى الْمِئَةَ .

وَإِنْ وَلَدْتُ ذَكَرَيْنِ أَوْ أُنْثَيَيْنِ. . . فَفِيهِ ثَلَاثَةُ أَوْجِهٍ :

أَحَدُهَا : أَنَّ الذَّكَرَيْنِ يَشْتَرِكَانِ فِي الْأَلْفِ ، وَالْأُنْثَيَيْنِ تَشْتَرِكَانِ فِي الْمِئَةِ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ أَحَدُهُمَا بِأَوَّلَى مِنَ الْآخَرِ .

وَالثَّانِي : أَنَّ الْوَصِيَّ يَدْفَعُ الْأَلْفَ إِلَى مَنْ شَاءَ مِنَ الذَّكَرَيْنِ ، وَالْمِئَةَ إِلَى مَنْ شَاءَ مِنَ الْأُنْثَيَيْنِ ؛ لِأَنَّهُ جَعَلَهُ لِأَحَدِهِمَا ، وَلَا مَزِيَّةَ لِأَحَدِهِمَا عَلَى الْآخَرِ ، فَخِيَّرَ بَيْنَهُمَا .

وَالثَّلَاثُ : يَوْقَفُ الْأَلْفُ بَيْنَ الذَّكَرَيْنِ ، وَالْمِئَةُ بَيْنَ الْأُنْثَيَيْنِ إِلَى أَنْ يَصْطَلِحَا ؛ لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ أَنْ يُجْعَلَ لِأَحَدِهِمَا بَعِينُهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَتَعَيَّنُ ، وَلَا يَجُوزُ أَنْ يُجْعَلَ بَيْنَهُمَا ؛ لِأَنَّ الْمَوْصِيَّ جَعَلَهُ لِأَحَدِهِمَا ، وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَخْتَارَ الْوَصِيُّ أَحَدَهُمَا ؛ لِأَنَّهُ لَا مَزِيَّةَ لِأَحَدِهِمَا عَلَى الْآخَرِ ، فَلَمْ يَبْقَ إِلَّا أَنْ يَوْقَفَ بَيْنَهُمَا إِلَى أَنْ يَصْطَلِحَا .

وَإِنْ وَلَدْتُ ذَكَرًا وَأُنْثَى وَخَنْثَى :

فَإِنْ قُلْنَا فِي الَّتِي قَبْلَهَا بِالِاشْتِرَاكِ. . . لَمْ يُمْكِنُ أَنْ يُشَارَكَ الْخَنْثَى الذَّكَرَ ؛ لِجَوَازِ أَنْ تَكُونَ أَمْرَأَةً . وَلَا يَجُوزُ أَنْ يُشَارَكَ الْأُنْثَى ؛ لِجَوَازِ أَنْ يَكُونَ رَجُلًا .

قَالَ الْقَاضِي أَبُو الْفَتْوحِ : فَيَحْتَمِلُ أَنْ يُقَالَ هَاهُنَا بِالْوَقْفِ ، وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُقَالَ : يُعْطَى الذَّكَرُ الْأَلْفَ وَالْأُنْثَى الْمِئَةَ ، وَلَا يُعْطَى الْخَنْثَى شَيْئًا .

وَإِنْ قُلْنَا بِالَّتِي قَبْلَهَا : أَنَّ الْوَصِيَّ بِالْخِيَارِ. . . فَلَا يُمْكِنُ أَنْ يُعْطِيَ الْخَنْثَى الْأَلْفَ وَلَا الْمِئَةَ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَتَيَقَّنُ حَالَهُ وَلَكِنْ يَدْفَعُ الْأَلْفَ إِلَى الذَّكَرِ وَالْمِئَةَ إِلَى الْأُنْثَى .

(١) أَي : أُنْثَى وَزِيَادَةٌ ، وَفِي ( م ) : ( تَعَيَّنَ ) .

وإن قلنا بالتي قبلها بالوقف . . وقف الألف والمئة بينهم إلى أن نتبين حال الخنثى ، فإن بان امرأة . . دفع الألف إلى الذكر ، ووقف المئة بين الأنثيين إلى أن يصطلحا عليها . وإن بان أنه رجل . . دفعت المئة إلى الأنثى ، ووقف الألف بين الذكرين إلى أن يصطلحا عليه .

فرع : [قدر الوصية لنوع المولود] :

وإن قال لامرأة : إن كان حملك ذكراً . . فله ألف ، وإن كان أنثى . . فلها مئة . أو قال : إن كان ما في بطنك ذكراً ، أو إن كان الذي في بطنك ذكراً فله ألف ، وإن كان أنثى . . فلها مئة : فإن ولدت ذكراً . . كان له ألف . وإن ولدت أنثى . . كان لها مئة . وإن ولدت خنثى . . ففيه وجهان ، خرجهما القاضي : أحدهما : له المئة ؛ لأنها يقين<sup>(١)</sup> .

والثاني : لا شيء له ؛ لأنه ليس بذكر ولا أنثى .

وإن ولدت ذكراً وأنثى ، أو ذكرين ، أو أنثيين ، أو ذكراً وخنثى ، أو أنثى وخنثى ، أو خنثيين . . لم يستحق واحد منهما في هذه المسائل شيئاً ؛ لأنه شرط أن يكون جميع حملها ، أو جميع ما في بطنها ذكراً أو أنثى ، ولم يوجد ذلك .

مسألة : [الوصية لأحد شخصين] :

وإن قال : وصيت بهذا لأحد هذين الرجلين . . لم يصح ؛ لأنه تمليك لغير معين . وإن قال : أعطوا هذا العبد لأحد هذين الرجلين . . صح ؛ لأنه ليس بتمليك ، وإنما هو وصية بالتمليك . ولهذا لو قال : بعث عبادي هذا من أحد هذين الرجلين . . لم يصح البيع . ولو قال لوكيله : بع عبادي هذا من أحد هذين الرجلين . . صح التوكيل .

(١) وكذا لو قال : إذا وضعت جنيناً . . فله مئة ، فإنه يشمل الأنواع الثلاثة .

مسألة : [الوصية لعبد غير وارثه] :

وإن وصّى لعبد غير وارثه . . صحّت الوصيّة ؛ لأنّ ذلك وصيّة لسيّده ، إذ العبد لا يملك .

إذا ثبت هذا : فلا يختلف المذهب أنّ قبول العبد يصحّ ؛ لأنّ الإيجاب له ، والعقد مضاف إليه ، فكان القبول إليه ، كالوكيل في الشراء .

وهل يصحّ قبوله بغير إذن سيّده ؟ فيه وجهان :

[أحدهما] : قال أبو سعيد الإصطخري : لا يصحّ من غير إذن سيّده ؛ لأنّ منافعه مستحقّة للسيّد بكلّ حال ، فلا يملك التصرف فيها بغير إذن السيّد ، كالشراء .

والثاني : يصحّ ، وهو المذهب ؛ لأنّه اكتساب بغير عوض ، فصحّ منه بغير إذن السيّد ، كالاصطياد .

وإن قبل السيّد الوصيّة . . فهل يصحّ ؟ فيه وجهان :

أحدهما : لا يصحّ ؛ لأنّ الإيجاب للعبد ، فلا يصحّ القبول من غيره ، كالبيع .

والثاني : يصحّ ؛ لأنّ المملك له ، فصحّ القبول منه . ويخالف البيع ، فإنّ القبول فيه لا يصحّ من غير الموجب له ، وفي الوصيّة يصحّ القبول من غير الموجب لها ، وهو إذا مات الموصى له قبل القبول . . فإنّ وارثه يقبل الوصيّة .

فرع : [الوصية لعبد وارثه أو مكاتبه أو أم ولده] :

وإن وصّى لعبد نفسه ، أو لعبد وارثه . . فهو كما لو وصّى لوارثه ؛ لأنّ المملك لسيّده .

وإن وصّى لمكاتبه ، أو لمكاتب وارثه . . صحّت الوصيّة ؛ لأنّه يملك المال ولا سبيل للوارث عليه ، وإنّما يستحقّ المال في ذمّته ، وذلك لا يمنع صحّة الوصيّة له ، كما لو وصّى لرجل في ذمّته دين لوارثه .

وإن وصّى لأُمّ ولده.. صحّت الوصيّة ؛ لأنها وقت وجوب الوصيّة حرّة لا ملك لأحد عليها .

وإن وصّى لمدبره.. صحّت الوصيّة ، كما قلنا في أمّ الولد ، فإن خرج من الثلث.. عتق كله وملك الوصيّة . وإن خرج بعض العبد من الثلث.. عتق منه قدر ذلك ، وملك من الوصيّة بقدر ما عتق منه .

**مسألة :** [الوصية بالمجهول] :

وتصحّ الوصيّة بالمجهول ، كالوصيّة بالحمل في البطن واللبن في الضرع . وتصحّ إذا كانت غير معيّنة ، كعبد من عبيد ، وبما لا يقدر على تسليمه ، كالطير في الهواء ، والعبد الأبق ؛ لأنّ الموصى له يخلف الميّت في ثلث تركته كما يخلفه الوارث في ثلثها ، فلمّا خلفه الوارث في هذه الأشياء.. خلفه الموصى له فيها .

وتصحّ الوصيّة بما يُنتفع به من النجاسات ، كالكلب والدمن<sup>(١)</sup> وجلد الميتة ؛ لأنّ الوارث يرث عنه هذه الأشياء ، فكذلك الموصى له .

وتصحّ الوصيّة بالميتة ؛ لأنّ فيها منفعة مباحة ، بأن يطعمها كلابه أو بزاته<sup>(٢)</sup> أو يأكلها عند الضرورة ، فصحت الوصيّة بها ، كالدمن .

ولا تصحّ الوصيّة بالخمير والخنزير والكلب العقور ؛ لأنّه لا يحل الانتفاع بها .

وهل تصحّ الوصيّة بالمعدوم ، كالوصيّة بمنّ تحمل هذه الجارية ، وبما تحمله هذه الشجرة ؟ فيه وجهان :

[أحدهما] : من أصحابنا من قال : إن قلنا : إنّ الاعتبار بالمآل وقت الوصيّة.. لم تصحّ الوصيّة بها .

و[الثاني] : المذهب أنّ الوصيّة تصحّ بذلك ، وجهاً واحداً ؛ لأنّ الجهالة لا تؤثر في الوصيّة .

(١) الدمن - وزان حمل - : ما يتلبّد من البعر والزبل والسرّجين يجمع كسماد للأرض وللوقد .

(٢) البزاة - جمع باز ، مثل قاض وقضاة - : أحد الجوارح ، كالصقور يستخدم للصيد .



وَأَمَّا إِذَا أَوْصَى لَهُ بِحَمْلِ هَذِهِ الْجَارِيَةِ . . فَإِنَّهُ يُعْتَبَرُ أَنْ يَكُونَ الْحَمْلُ مُوجُوداً وَقَدْ  
الْوَصِيَّةُ ، كَمَا قُلْنَا فِي الْوَصِيَّةِ لِلْحَمْلِ عَلَى مَا مَضَى .

فَرْعٌ : [الوصية بالمنافع] :

وَتَصَحُّ الْوَصِيَّةُ بِالْمَنَافِعِ الَّتِي تُسْتَبَاحُ بِالْإِجَارَةِ وَالْإِبَاحَةِ ، كَسُكْنَى الدَّارِ وَخِدْمَةِ الْعَبْدِ  
وِثْمَةِ الْبُسْتَانِ وَمَا أَشْبَهَهُ . وَهُوَ قَوْلُ كَافَّةِ الْعُلَمَاءِ .

وَقَالَ ابْنُ أَبِي لَيْلَى : لَا يَصَحُّ .

دَلِيلُنَا : أَنَّ هَذِهِ الْمَنَافِعَ تَصَحُّ الْمَعَاوِضَةُ عَلَيْهَا ؛ لِأَنَّ مَنَافِعَ الْعَبِيدِ وَالْذُّورِ تُمْلِكُ  
بِالْإِجَارَةِ ، وَثِمْرَةَ الشَّجَرَةِ تُمْلِكُ بِالمَسَاقَاةِ عَلَيْهَا . وَمَا مُلِكَ بِالْمَعَاوِضَةِ عَلَيْهِ . . صَحَّتِ  
الْوَصِيَّةُ بِهِ ، كَالْأَعْيَانِ .

وَتَصَحُّ الْوَصِيَّةُ بِالْمَنَفْعَةِ لِرَجُلٍ ، وَبِالْعَيْنِ لِآخَرَ ؛ لِأَنَّ الْمَنَفْعَةَ وَالْعَيْنَ كَالْعَيْنَيْنِ ،  
فَجَازَ الْعَقْدُ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا .

إِذَا ثَبَتَ هَذَا : فَتَصَحُّ الْوَصِيَّةُ بِمَنَفْعَةٍ مُقَدَّرَةٍ ، وَبِمَنَفْعَةٍ مُؤَبَّدَةٍ ؛ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ تَصَحُّ  
بِالْمَعْلُومِ وَالْمَجْهُولِ .

فَرْعٌ : [وصى له بشيء من ريع ثم وقف المورد] :

وَإِنْ وَصَّى رَجُلٌ لِرَجُلٍ بِدِينَارٍ مِنْ غَلَّةِ دَارِهِ فِي كُلِّ سَنَةٍ ، وَخَرَجَتِ الدَّارُ مِنَ الثَّلَاثِ  
وَوُفِّقَتِ الدَّارُ . . فَلَا يَجُوزُ لِلْوَرِثَةِ بَيْعُهَا ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ يُسْقِطُ حَقَّ الْمَوْصِي لَهُ مِنْ غَلَّتِهَا ، فَلَمْ  
يَجُزْ بَيْعُهَا ، كَالْمَرْهُونِ ، فَيُدْفَعُ إِلَى الْمَوْصِي لَهُ مِنْ غَلَّتِهَا كُلِّ سَنَةٍ دِينَارٌ . فَإِنْ بَقِيَ مِنْ غَلَّتِهَا  
شَيْءٌ بَعْدَ الدِّينَارِ . . دُفِعَ ذَلِكَ إِلَى الْوَرِثَةِ . وَإِنْ لَمْ يَبْقَ لَهُمْ شَيْءٌ . . فَلَا شَيْءَ لَهُمْ . وَإِنْ لَمْ  
تَفِ غَلَّةُ الدَّارِ كُلِّ سَنَةٍ بِدِينَارٍ . . فَلَا شَيْءَ لِلْمَوْصِي لَهُ غَيْرَ مَا جَاءَ مِنْ غَلَّتِهَا .

وَإِنْ كَانَتِ الدَّارُ تُغْلُ كُلَّ سَنَةٍ دَنَانِيرَ كَثِيرَةٍ ، فَقَالَ الْوَرِثَةُ : نَحْنُ نَبِيعُ مِنْهَا قَدْرَ مَا تَزِيدُ  
غَلَّتُهُ عَلَى الدِّينَارِ وَنُبْقِي مِنْهُ مَا يُغْلُ دِينَاراً . . لَمْ يَكُنْ لَهُمْ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ رَبَّمَا نَقَصَ كِرَاءُ  
الْبَاقِي عَنِ الدِّينَارِ .

**مسألة :** [تعليق الموصي على شرط في حياته] :

يجوز تعليق الوصية على شرط في حياة الموصي ، بأن يقول : إن حج فلان في حياتي ، أو قدم في حياتي . . فقد أوصيت له بكذا ؛ لأن الوصية تصح في المجهول ، فصح تعليقها على شرط ، كالطلاق والعتاق .

ويصح تعليقها على شرط بعد موت الموصي ، بأن يقول : إن حج فلان بعد موتي ، أو تعلم القرآن وما أشبهه . . فقد أوصيت له بكذا ؛ لأن ما بعد الموت في الوصية كحال الحياة ، فإذا جاز تعليق الوصية ، على شرط في حال الحياة . . جاز بعد الموت .

وإن قال : إذا ملك عبد فلان . . فقد أوصيت به لفلان ، فملكه . . ففيه وجهان : أحدهما - وهو قول أبي يعقوب الأبيوردي ، وأبي حنيفة - : ( أن الوصية صحيحة ؛ لأن الجهالة والغرر لا تؤثر في الوصية ) .  
والثاني - حكاه الطبري في « العدة » - : أنه لا تصح الوصية .

**مسألة :** [إيجاب قول الموصي في الوصية] :

ولا تصح الوصية إلا بإيجاب من الموصي .

قال المسعودي [في « الإبانة »] : والإيجاب كل ما يدل على التملك والعطية ، بأن يقول : أوصيت لفلان بكذا ، أو أعطوا فلاناً كذا ، أو لفلان كذا ، وما أشبهه .  
وأما القبول : فإن كانت الوصية لغير معين ، كالوصية للفقراء والمساكين . . لزمتم بالموت ؛ لأنه لا يمكن اعتبار القبول منهم .

وإن كانت الوصية لمعين ، كالوصية لرجل مسمى أو لقوم<sup>(١)</sup> محصورين . . فلا بد من القبول من الموصي له .

(١) في ( م ) : ( لرجال ) .

وهل القبول شرط في الملك ؟ فيه وجهان :

[أحدهما] : قال عامة أصحابنا : هو شرط في الملك على ما سيأتي بيانه ؛ لأنه تملك لعين ، فلم تصح من غير قبول ، كالبيع والهبة .

[الثاني] : قال ابن الصبّاغ : ينبغي أن يقال : إن القبول في الوصية ليس بشرط في صحة الملك ، وإنما يتبين به اختياره للملك حال الموت ، فتبين حصول الملك بأختياره .

ولا يصح القبول إلا بعد موت الموصي ؛ لأن إيجاب الوصية بعد الموت ، فكان القبول بعده .

وإذا قبل الموصي له الوصية بعد الموت . . حكم له بالملك . ومتى يملك ؟ فيه قولان مشهوران :

أحدهما : أن الملك حصل له بشرطين : الموت والقبول . وبه قال أبو حنيفة ؛ لأنه تملك عين لمعين ، فلم يقع الملك فيه قبل القبول ، كالهبة .

فقولنا : ( تملك ) احتراز من الميراث .

وقولنا : ( عين ) احتراز من الوقف .

وقولنا : ( لمعين ) احتراز من الوصية للفقراء والمساكين .

والقول الثاني : أن الملك موقوف . فإن قبل الموصي له . . تبين أنه ملك بالموت . وإن لم يقبل . . تبين أنه لم يملك ، وأن الملك بعد الموت كان للورثة ، وهو الصحيح ؛ لأن الموصي به بعد موت الموصي لا يخلو : إما أن يقال : إنه ملك للميت ، أو يقال : إنه دخل في ملك الورثة ، أو يقال : إنه قد ملكه الموصي له ، أو يقال : إنه مراعى ، فبطل أن يقال : إنه ملك للميت ؛ لأنه جماد لا يملك . وبطل أن يقال : إنه ملك للورثة ؛ لأنهم لا يملكون إلا بعد الدين والوصية ، ولأنه خلاف الإجماع .

وبطل أن يقال : إنه قد دخل في ملك الموصي له ؛ لأنه لو ملكه . . لما صح ردّه له ، كالميراث .

فإذا بطلت هذه الأقسام . . ثبت أنه مراعى .

وحكى ابن عبد الحكم عن الشافعي قولاً ثالثاً - ليس بمشهور - : ( أن الموصي له يملكه بنفس الموت ؛ لأنه مالٌ مُستحقٌ بالموت ، فانتقل إليه بالموت ، كالميراث ) .

**فرعٌ :** [ردُّ الموصي له الوصية] :

وإن ردَّ الموصي له الوصية . . ففيه أربع مسائل :

**إحداهنَّ :** إذا ردَّها في حياة الموصي . . فلا يصحُّ هذا الردُّ ؛ لأنه لا حقَّ له في هذه الحال ، بدليل أنه لا يصحُّ قبوله للوصية ، فلم يصحَّ ردُّه ، كالشَّفيع إذا عفا عن الشُّفعة قبل البيع .

**الثانية :** إذا ردَّ بعد موت الموصي ، وقبلَ القبول . . فيصحُّ الردُّ ؛ لأنه وقتُ القبول ، فصَحَّ منه الردُّ ، كالشَّفيع إذا عفا عن الشُّفعة بعد البيع .

**الثالثة :** إذا قبلَ الوصية وقبضَها ، ثمَّ ردَّها . . فلا يصحُّ الردُّ ؛ لأنه قد ملكَ الموصي به ، وأستقرَّ ملكه عليه . فإنَّ أرادَ أن يملكه الورثة . . أفترَّ إلى لفظ التملك أو الهبة بشروطها .

**الرابعة :** إذا ردَّ بعدَ القبول وقبلَ القبض . . فهل يصحُّ الردُّ ؟ فيه وجهان :

**أحدهما :** لا يصحُّ الردُّ ؛ لأنه قد ملكَ الموصي به إمَّا بالقبول أو بالموت ، فلم يصحَّ ردُّه ؛ كما لو وهبه عيناً وقبلَها وقبضَها بإذنه ، ثمَّ ردَّها .

**والثاني :** يصحُّ ردُّه ، وهو المنصوصُ عليه ؛ لأنَّ ملكه لم يستقرَّ عليها بالقبض ، فصَحَّ الردُّ .

وإنَّ كانَ القبضُ غيرَ معتبرٍ ، كما لو وقَفَ وقفاً على رجلٍ . . فإنَّ القبولَ فيه غيرُ معتبرٍ . ثمَّ لو ردَّ الموقوفُ عليه الوقفَ . . لبطلَ الوقفُ عليه . فكذلك هذا مثله .

فرعٌ : [الرجوع في قبول الوصية] :

قال في « الأُمِّ » : ( إذا ردَّ الموصي له الوصية ، ثمَّ بدا له غير ذلك ، وقال : أريدُ أن أرجع فيها ؛ لأنَّ الوارث لم يقبضها . . لم يكن للموصي له ذلك ؛ لأنَّ الموصي له لمَّا ملك الموصي به وإن لم يقبضه بالوصية . . ملكه الوارث برَدِّ الموصي له ، وإن لم يقبضه الوارث ) .

فرعٌ : [ردَّ الوصية إلى وارث] :

قال في « الأُمِّ » : ( إذا أوصى لرجل بوصية ، ثمَّ قال الموصي له بعد موت الموصي : رددتُ الوصية لفلان ، وسمي واحداً من الورثة . . رُجِعَ إلى الموصي له ، وقيل له : ما أردت بقولك : لفلان ، فإن قال : أردتُ أني رددتُ الوصية إلى جميع الورثة لأجل ذلك المسمي . . عادت إلى جميع الورثة ، وكان المسمي كغيره ، وإن قال : إنني أردتُ بذلك أني جعلتها للمسمي خاصة . . اختصَّ المسمي بملكها دون سائر الورثة ) .

وإن لم يقبل الموصي له الوصية ، ولم يردَّ . . كان للورثة مطالبة بالقبول أو الرد . . فإن أمتنع من القبول . . حكمَ عليه الحاكم بالردَّ ؛ لأنَّ الملك مترددٌ بينه وبين الورثة ، فهو كما لو تحجَّرَ مواتاً وأمتنع عن إحيائه .

فرعٌ : [موت الموصي لحمل] :

إذا أوصى رجل لحمل امرأة بشيء ، فمات الموصي ، ثمَّ قبل أبو الحمل الوصية له قبل الانفصال . . فهل يصحُّ هذا القبول ؟  
أختلف أصحابنا فيه :

فقال القفال : لا يصحُّ القبول قبل الولادة ؛ لأنَّ قبله في وقت لا يدري ، هل الحمل موجود أم لا ؟

وقد قال ابن سريج : لا يصحُّ الأخذ بالشفعة للحمل إلا بعد الولادة .



وقال الشيخ أبو زيد : فيه وجهان بناءً على القولين في الحمل : هل له حكم أم لا ؟  
فإن قلنا : له حكم . . صحَّ القبول له .

وإن قلنا : لا حكم له . . لم يصحَّ القبول له إلا بعد الوضع .  
قال : وكذلك الشفعة له ، على هذين الوجهين .

**مسألة :** [موت الموصي له قبل الموصي] :

وإن أوصى لرجل بوصية فمات الموصي له قبل موت الموصي . . بطلت الوصية ؛  
لأنه مات قبل استحقاق الوصية .

وإن مات الموصي ، ثم مات الموصي له قبل القبول والرد . . فإن وارث الموصي له  
يقوم مقامه في القبول والرد .

وقال أبو حنيفة : ( تبطل الوصية ) .

دليلنا : أنه خيار ثابت في تملك المال ، فقام الوارث مقامه ، كخيار الشفعة .

فقولنا : ( ثابت ) احتراز من الموصي له إذا ردَّ الوصية قبل موته .

وقولنا : ( في تملك المال ) احتراز ممن أسلم وتحتة أكثر من أربع نسوة وأسلمن  
معه ، فمات قبل أن يختار .

فإن ردَّ الوارث الوصية . . كانت ملكاً لورثة الموصي . وإن قبلها الوارث . . فهل  
يقضي منها دين الموصي له وينفذ منها وصاياه ؟

إن قلنا : نتبين بالقبول أنها ملكت بموت الموصي . . قضى منها دين الموصي  
له<sup>(١)</sup> ، ونفذت منها وصاياه .

وإن قلنا : لا تملك إلا بالقبول . . ففيه وجهان ، حكاهما القاضي أبو الطيب :

أحدهما : لا يقضى منها دين الموصي له ، ولا تنفذ منها وصيته ؛ لأنَّ الوارث  
ملكها بقبوله من جهة الموصي .

(١) في نسخة : ( دينه ) في الموضعين .

والثاني : يُقضى منها دينُ الموصي له وتنقذُ منها وصيته ؛ لأنَّ الوارثَ مَلَكَها بما ورثه<sup>(١)</sup> عَنِ الموصي له مِنَ القَبولِ ، فصَارَ كالمملوكِ مِنْ تَرَكتِهِ .

**مسألة :** [وصية مالك الأمة بها لزوجها] :

وإذا تزوجَ حرٌّ بأمةٍ لغيره ، فأوصى مالكُ الأمة بها لزوجها ، ثمَّ ماتَ الموصي ، فإنَّ ردَّ الموصي له الوصية . . بقيتِ الأمةُ على ملكِ ورثة الموصي ، والزوجةُ باقيةٌ . وإنَّ قبلَ الزوجِ الوصية . . ملكَ زوجته ، وأنفسخَ النكاحُ ؛ لأنَّ حكمَ النكاحِ والمِلكِ يتنافيان ، فثبتَ الأقوى وهو المِلكُ ، وسقطَ الأضعفُ وهو النكاحُ .

ومتى يحكمُ بأنفساخِ النكاحِ ؟ يبنى ذلك على وقتِ ملكِ الموصي له الموصي به بعدَ القَبولِ . وقد مضى .

ثمَّ يُنظرُ في الجارية : فإنَّ كانتَ حائلاً . . فلا كلامَ .

وإنَّ كانتَ حاملاً فولدت . . فلا تخلو من ثلاثة أحوالٍ : إمَّا أنْ تضعه قبلَ موتِ الموصي ، أو بعدَ موته وقبلَ قبولِ الموصي له ، أو بعدَ موته وبعدَ قبولِ الموصي له .

**فالحالة الأولى :** إذا وضعته في حياة الموصي . . نظرت :

فإنَّ وضعته لستَّة أشهرٍ فما زادَ من حينِ الوصية . . كانَ الولدُ ملكاً للموصي ولورثته بعده ؛ لأنَّا لا نحكمُ بوجوده حالَ الوصية .

وإنَّ وضعته لدونِ ستَّة أشهرٍ من حينِ الوصية . . فإنَّا نحكمُ بوجوده حالَ الوصية :

فإنَّ قلنا : إنَّ الحملَ له حكمٌ . . كانَ الولدُ موصى به معَ الأمِّ ، ويملكه الموصي له معَ الأمِّ ، ويعتقُ عليه ، ولا تصيرُ الجاريةُ أمَّ ولدٍ له .

وإنَّ قلنا : لا حكمَ له . . كانَ الولدُ ملكاً لورثة الموصي .

**الحالة الثانية :** إذا وضعته بعدَ موتِ الموصي وقبلَ قبولِ الموصي له . . ففي هذا

ثلاثُ مسائل :

(١) في (م) : (ملكه) .

إحداهنَّ : أن تكونَ حملتَ بهِ بعدَ موتِ الموصي ، بأن تَضَعُهُ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ فصاعداً  
مِنْ حِينَ مَوْتِ الموصي :

فإن قُلْنَا : إنَّ الموصي له لا يملكُ الوصِيَّةَ إلَّا بالقَبولِ . . فإنَّ الولدَ هَاهُنَا مِلْكُ لورثَةِ  
الموصي .

وإن قُلْنَا : نَتَبَيَّنُ بالقَبولِ أَنَّهُ مَلِكٌ بموتِ الموصي ، أو قُلْنَا بروايةِ ابنِ عبدِ الحَكَمِ . .  
فإنَّ الولدَ حرٌّ الأَصْلُ ؛ لَأَنَّهَا عَلِقَتْ مِنْهُ بِحُرٍّ فِي مِلْكِهِ وَلَا وِلَاءَ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَمْسَهُ  
الرُّقُّ ، وَالْجَارِيَةُ أُمٌّ وَلَدٍ لَهُ ؛ لَأَنَّهَا عَلِقَتْ مِنْهُ بِحُرٍّ فِي مِلْكِهِ .

المسألةُ الثَّانِيَةُ : إِذَا حَمَلَتْ بِهِ قَبْلَ مَوْتِ الموصي وَبَعْدَ الوصِيَّةِ ، مِثْلُ : أَنْ تَضَعُهُ  
لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ فصاعداً مِنْ حِينَ الوصِيَّةِ ، وَلِأَقَلِّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ حِينَ مَوْتِ الموصي :  
فإن قُلْنَا : لِلْحَمْلِ حَكْمٌ . . فإنَّ الولدَ غَيْرُ موصى بِهِ ، بَلْ كَانَ مِلْكاً لِلْموصي فِي  
حَيَاتِهِ ، وَلورثتهِ بَعْدَهُ .

وإن قُلْنَا : لَا حَكْمَ لَهُ ، فإن قُلْنَا : إنَّ الموصي له لا يملكُ إلَّا بالقَبولِ . . كَانَ الولدُ  
مِلْكاً لورثَةِ الموصي . وإن قُلْنَا : نَتَبَيَّنُ بالقَبولِ أَنَّهُ مَلِكٌ بِالموتِ ، أو قُلْنَا بروايةِ ابنِ  
عبدِ الحَكَمِ . . كَانَ الولدُ مِلْكاً لِلزَّوْجِ ، وَيَعْتَقُ عَلَيْهِ ، وَيُثَبَّتُ لَهُ عَلَيْهِ الْوِلَاءُ ، وَلَا تَصِيرُ  
الْجَارِيَةُ أُمٌّ وَلَدٍ لَهُ ؛ لَأَنَّهَا عَلِقَتْ بِهِ وَهُوَ مَمْلُوكٌ .

المسألةُ الثَّالِثَةُ : إِذَا حَمَلَتْ بِهِ قَبْلَ الوصِيَّةِ ، بأن تَضَعُهُ لِذَوْنِ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ حِينَ  
الْوَصِيَّةِ :

فإن قُلْنَا : لِلْحَمْلِ حَكْمٌ . . كَانَ الولدُ موصى بِهِ ؛ لِأَنَّهُ مَعَ الْأُمِّ كَعَيْنٍ أُخْرَى موصى  
بِهَا . فَإِذَا قَبِلَ الموصي له الوصِيَّةَ . . مَلِكَ الولدَ ، وَعَتَقَ عَلَيْهِ ، وَثَبَّتَ لَهُ عَلَيْهِ الْوِلَاءُ ،  
وَلَا تَصِيرُ الْجَارِيَةُ أُمٌّ وَلَدٍ لَهُ ؛ لَأَنَّهَا عَلِقَتْ مِنْهُ بِمَمْلُوكٍ .

وإن قُلْنَا : لَا حَكْمَ لِلْحَمْلِ ، فإن قُلْنَا : إنَّ الْمَلِكَ حَصَلَ بِقَبولِ الموصي له . .  
فَالْوَلَدُ مِلْكٌ لورثَةِ الموصي . وإن قُلْنَا : نَتَبَيَّنُ بالقَبولِ أَنَّهُ مَلِكٌ بِمَوْتِ الموصي ، أو  
قُلْنَا بروايةِ ابنِ عبدِ الحَكَمِ . . فَقَدْ مَلِكَ الزَّوْجُ الْوَلَدَ ، وَعَتَقَ عَلَيْهِ ، وَثَبَّتَ لَهُ عَلَيْهِ  
الْوِلَاءُ ، وَلَا تَصِيرُ الْجَارِيَةُ أُمٌّ وَلَدٍ لَهُ .

الحالة الثالثة : إذا وَضَعَتْهُ بَعْدَ مَوْتِ الموصي ، وبعْدَ قَبُولِ الموصي لَهُ . . ففيهِ أَرْبَعُ مسائل :

إحداهِنَّ : أَنْ تَكُونَ حَمْلَتُهُ بَعْدَ الْقَبُولِ ، بِأَنْ تَضَعَهُ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ فَصَاعِداً مِنْ حِينَ الْقَبُولِ . . فَإِنَّ الْوَلَدَ حُرٌّ الْأَصْلِ ، وَلَا وِلَاءَ عَلَيْهِ ، وَالْأُمَةُ أُمٌّ وَلَدٍ لِلزَّوْجِ ؛ لِأَنَّهَا عَلِقَتْ مِنْهُ بِحُرٍّ فِي مِلْكِهِ .

الثانية : إِذَا حَمَلَتْهُ بَعْدَ مَوْتِ الموصي وَقَبْلَ الْقَبُولِ ؛ بِأَنْ تَضَعَهُ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ فَصَاعِداً مِنْ حِينَ مَوْتِ الموصي ، وَلِدُونَ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ وَقْتِ الْقَبُولِ :  
فَإِنْ قُلْنَا : إِنَّ الْمَلِكَ لِلْمَوْصِي لَهُ حَصَلَ بِنَفْسِ الْقَبُولِ . . يَثْبَتَ عَلَى الْقَوْلَيْنِ فِي الْحَمْلِ :

فَإِنْ قُلْنَا : لَهُ حَكْمٌ . . كَانَ ذَلِكَ مِلْكَاً لَوْرَثَةِ الموصي . وَإِنْ قُلْنَا : لَا حَكْمَ لَهُ . . كَانَ مِلْكَاً لِلْمَوْصِي لَهُ ، وَعَتَقَ عَلَيْهِ ، وَثَبَتَ لَهُ عَلَيْهِ الْوِلَاءُ ، وَلَا تَصِيرُ الْجَارِيَةُ أُمٌّ وَلَدٍ لَهُ .  
وَإِنْ قُلْنَا : نَتَبَيَّنُ بِالْقَبُولِ أَنَّهُ مَلِكٌ بِمَوْتِ الموصي ، أَوْ قُلْنَا بِرَوَايَةِ ابْنِ عَبْدِ الْحَكَمِ . . أَنْعَقَدَ الْوَلَدُ حُرّاً الْأَصْلِ ، وَصَارَتِ الْجَارِيَةُ أُمٌّ وَلَدٍ لِلْمَوْصِي لَهُ ؛ لِأَنَّهَا عَلِقَتْ مِنْهُ بِحُرٍّ فِي مِلْكِهِ .

الثالثة : إِذَا حَمَلَتْهُ بَعْدَ الْوَصِيَّةِ وَقَبْلَ مَوْتِ الموصي ، مِثْلُ : أَنْ تَضَعَهُ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ فَصَاعِداً مِنْ وَقْتِ الْوَصِيَّةِ ، وَلِأَقَلِّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ وَقْتِ مَوْتِ الموصي :  
فَإِنْ قُلْنَا : لِلْحَمْلِ حَكْمٌ . . كَانَ ذَلِكَ مِلْكَاً لِلْمَوْصِي وَلَوْرَثَتِهِ بَعْدَهُ .  
وَإِنْ قُلْنَا : لَا حَكْمَ لِلْحَمْلِ . . مَلَكَ الموصي لَهُ الْوَلَدَ بِمِلْكِ الْأُمِّ ، وَعَتَقَ عَلَيْهِ ، وَثَبَتَ لَهُ عَلَيْهِ الْوِلَاءُ ، وَلَا تَصِيرُ الْجَارِيَةُ أُمٌّ وَلَدٍ لَهُ .

الرابعة : إِذَا حَمَلَتْهُ قَبْلَ الْوَصِيَّةِ ، مِثْلُ : أَنْ تَضَعَهُ لِأَقَلِّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ وَقْتِ الْوَصِيَّةِ . . فَإِنَّ الْوَلَدَ يَكُونُ مِلْكَاً لِلْمَوْصِي لَهُ بِكُلِّ حَالٍ ، وَيَعْتَقُ عَلَيْهِ ، وَلَهُ عَلَيْهِ الْوِلَاءُ ؛ لِأَنَّا إِنْ قُلْنَا : لِلْحَمْلِ حَكْمٌ . . فَقَدْ أَوْصَى لَهُ بِهِمَا . وَإِنْ قُلْنَا : لَا حَكْمَ لَهُ . . أَعْتَبِرَ وَقْتَ أَنْفَصَالِهِ ، وَقَدْ أَنْفَصَلَ فِي مِلْكِهِ . وَلَا تَصِيرُ الْجَارِيَةُ أُمٌّ وَلَدٍ لَهُ ؛ لِأَنَّهَا عَلِقَتْ مِنْهُ بِمَمْلُوكٍ .

فرع : [موت الموصي ثم الموصي له قبل القبول] :

فإن كانت المسألة بحالها ، فمات الموصي ، ثم مات الموصي له قبل القبول والرد ، وله وارث ، إمّا ابن أو أخ أو غيرهما . . قام مقامه في القبول والرد . فإن ردّ الوارث الوصيّة . . كانت الجارية وأولادها ملكاً لورثة الموصي .

قال الشافعي : ( وكرهت لهم ذلك ؛ لأنّ الأولاد قد يعتقون ويثبت للأمة حكم الاستيلاد ، وذلك يبطل بردّ الوارث ) .

وإن قبل الوارث الوصيّة . . بُنيت على وقت ملك الموصي له :

فإن قلنا : إنّه يملك بنفس القبول . . ملك الوارث الجارية وأولادها ، ولا يعتقون عليه ، ولا يرث أولاد الجارية الموصي له ؛ لأنّ وارث الموصي له ملك الجارية وأولادها بالموصي له لا من جهته ؛ لأنّ الموصي له لم يملكهم .

وإن قلنا : نتبين بالقبول أنّه ملك بموت الموصي . . تبين أنّ الموصي له قد كان ملك الجارية وأولادها قبل موته ، فيكون قبول وارث الموصي له كقبوله .

فكل موضع قلنا في التي قبلها على هذا القول : إذا قبل الموصي له الوصيّة أنّ الجارية تكون ملكاً للزوج وأولادها لورثة الموصي . . كان<sup>(١)</sup> هاهنا مثله .

وكل موضع قلنا : لو قبل الأب<sup>(٢)</sup> الوصيّة على هذا ، وقلنا : يكون أولاد الجارية أحرار الأصل . . فإنّهم يكونون أحرار الأصل إذا قبل وارث الموصي له الوصيّة إلا أنّ الأولاد يرثون الأب إذا قبل ، ويكونون أحرار الأصل .

وأمّا إذا قبل وارث الموصي له ، وحكمنا بأنّ الأولاد أحرار الأصل . . فهل يرثون الأب ؟ اختلف أصحابنا فيهم :

فقال الشيخ أبو حامد : لا يرثون ؛ لأنّا لو جعلنا أولاد الأمة من جملة الورثة . .

(١) في ( م ) : ( فكذاك ) .

(٢) أي : الموصي له .



لوقف صحّة قبول الوصيّة على جماعتهم ، إذ قبول جملة الوصيّة لا تصحّ إلا من جميع الورثة ، وهم عند القبول ممالك لا يصحّ قبولهم ، فتبطل الوصيّة . وإذا بطلت الوصيّة . سقط عتقهم ، فيؤدي إثبات ميراثهم إلى نفيه ، فثبت العتق وسقط الميراث .

وقال ابن الصبّاغ : يرث أولاد الأمة ، ويُعتبر قبول من هو وارث في حال اعتبار القبول ؛ لأنّ اعتبار القبول في حقهم يؤدي إلى إسقاطهم وإسقاط الميراث ، فأسقطنا القبول وأثبتنا الميراث ؛ لأنّا لو لم نورثهم . . لأدّى إلى إثبات ولد بلا ميراث .

وقال القاضي أبو الطيّب والمسعوديّ [في « الإبانه »] : إنّ كان الوارث القابل ممّن يحجّبه أولاد الأمة . . لم يرث أولاد الأمة . وإن كان ممّن لا يحجّبه أولاد الأمة . . فهل يرثون ؟ فيه وجهان :

أحدهما : يرثون ؛ لأنّ توريثهم لا يؤدي إلى حجب الوارث القابل .

والثاني : لا يرثون ، وهو اختيار المسعوديّ [في « الإبانه »] ؛ لأنّ توريثهم يخرج القابل عن أن يكون جميع الورثة ، ولا يصحّ القبول إلا من جميع الورثة .

وقال الدّاركي : إنّ كان القبول ثبت للموصي له وهو مريض . . لم يرثه أولاد الأمة ؛ لأنّ قبول وارث الموصي له يقوم مقام قبوله ، ولو قبل هو لكان وصيّة ولم يرثه أولاد الأمة .

وإن ثبت له القبول وهو صحيح . . ورثه أولاد الأمة ؛ لأنّه لو قبل الوصيّة في صحّته . . لورثه الأولاد ، فكذلك قبول ورثته يقوم مقام قبوله .

فرع : [وصي بأمة لمن له ابن منها فماتا] :

وإن وصي رجل لرجل بأمة ، وللموصي له ابن منها حرّ يرثه ، فمات الموصي ، ثمّ مات الموصي له قبل القبول والردّ . . فإنّ ابن الموصي له من الجارية الموصي بها يقوم مقامه في القبول والردّ . فإن ردّها . . بقيت على ملك ورثة الموصي . وإن قبلها ، فإن احتملها الثلث . . عتقت على الابن ؛ لأنّا إن قلنا : إنّ الملك يحصل بالقبول . . فقد

مَلَكَهَا أَبْنُهَا بِقَبُولِهِ . وَإِنْ قُلْنَا : نَتَبَيَّنُ بِالْقَبُولِ أَنَّهَا مُلَكْتُ بِمَوْتِ الْمُوصِي . . فَبِقَبُولِ  
الابْنِ نَتَبَيَّنُ أَنَّ أَبَاهُ كَانَ قَدْ مَلَكَهَا ، ثُمَّ أَنْتَقَلْتُ مِنْهُ إِرْثًا إِلَى ابْنِهِ ، فَعَتَقْتُ عَلَيْهِ .  
وَإِنْ لَمْ يَحْتَمِلْهَا الثَلَاثُ ، فَإِنْ كَانَ الْابْنُ مُعْسِرًا . . عَتَقَ مِنْهَا مَا مَلَكَهُ مِنْهَا لَا غَيْرَ .  
وَإِنْ كَانَ مُوسِرًا بِقِيَمَةِ بَاقِيهَا :

فَإِنْ قُلْنَا : تُمَلِّكُ الْوَصِيَّةُ بِنَفْسِ الْقَبُولِ . . قُومَ بَاقِيهَا عَلَى الْابْنِ .  
وَإِنْ قُلْنَا : نَتَبَيَّنُ بِالْقَبُولِ أَنَّهَا مُلَكْتُ بِمَوْتِ الْمُوصِي . . فَهَلْ تُقَوِّمُ عَلَيْهِ ؟ فِيهِ  
وَجْهَانِ :

[أَحَدُهُمَا] : مِنْ أَصْحَابِنَا مَنْ قَالَ : لَا تُقَوِّمُ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ مَلَكَ بَعْضَهَا بِالْإِرْثِ مِنْ  
أَبِيهِ ، وَمَنْ مَلَكَ بِالْإِرْثِ . . لَمْ يَقَوِّمْ عَلَيْهِ ، كَمَا لَوْ وَرِثَ بَعْضَ أُمَةٍ .  
و[الثاني] : قَالَ ابْنُ الْحَدَّادِ : تُقَوِّمُ عَلَيْهِ ، وَهُوَ اخْتِيَارُ الْقَاضِي أَبِي الطَّيِّبِ ؛ لِأَنَّهُ  
مَلَكَ بَعْضَهَا بِاخْتِيَارِهِ لِلْقَبُولِ ، فَصَارَ كَمَا لَوْ اشْتَرَى بَعْضَهَا ، بِخِلَافِ الْإِرْثِ فَإِنَّهُ يَدْخُلُ  
فِي مِلْكِهِ بِغَيْرِ اخْتِيَارِهِ .

فِرْعُ : [الوصية للمبغض] :

وَإِنْ أَوْصَى رَجُلٌ لِمَنْ نِصْفُهُ حُرٌّ وَنِصْفُهُ مَمْلُوكٌ لِوَارِثِهِ<sup>(١)</sup> بِثَلَاثِ مَالِهِ :  
فَإِنْ لَمْ يَكُنْ بَيْنَ الْعَبْدِ وَبَيْنَ سَيِّدِهِ مَهَايَاةٌ . . لَمْ تَصَحَّ الْوَصِيَّةُ ؛ لِأَنَّ تَصَحُّيَهَا يُؤَدِّي  
إِلَى أَنْ تَصَحَّ الْوَصِيَّةُ لِلْوَارِثِ .  
وَإِنْ كَانَ بَيْنَهُمَا مَهَايَاةٌ :

فَإِنْ قُلْنَا : إِنَّ الْأَكْسَابَ النَّادِرَةَ لَا تَدْخُلُ فِي الْمَهَايَاةِ . . لَمْ تَصَحَّ الْوَصِيَّةُ أَيْضًا ؛ لِمَا  
ذَكَرْنَاهُ .

وَإِنْ قُلْنَا : إِنَّهَا تَدْخُلُ :

فَإِنْ قُلْنَا : إِنَّ الْوَصِيَّةَ لَا تُمَلِّكُ إِلَّا بِنَفْسِ الْقَبُولِ . . نُظَرَ فِي الْيَوْمِ الَّذِي قَبْلَ فِيهِ

الموصي له الوصية ، فإن كان يوم نفسه . . صحّت الوصية له ، وإن كان يوم سيّده . . لم تصحّ الوصية .

وإن قلنا : نتبين بالقبول أنّ الموصي له ملك الوصية بموت الموصي . . نُظِرَ في اليوم الذي مات فيه الموصي ، فإن كان يوم الموصي له . . صحّت الوصية له ، وإن كان يوم سيّده . . لم تصحّ الوصية .

وغلط بعض أصحابنا فقال : يُعتبر يوم عقد الوصية ، كما يُعتبر في اللقطة يوم الوجود . وليس بشيء .

وإن وصّى لمن نصفه حرّاً ونصفه مملوكاً لأجنبي . . صحّت الوصية . فإن لم يكن بينهما مهايأة . . كانت الوصية بينهما . وإن كان بينهما مهايأة :

فإن قلنا : إنّ الأكساب النادرة لا تدخل في المهايأة . . كانت الوصية بينهما .

وإن قلنا : إنّها تدخل . . بني على القولين في وقت ملك الوصية ، وكانت لمن كان يومه يوم ملك الوصية .

فرع : [الوصية لعبد رجل] :

وإن وصّى رجل لعبد رجل وصية فعتق العبد . . نظرت :

فإن عتق في حياة الموصي ، ثمّ قبل العبد المعتق الوصية بعد موت الموصي . . فإنّ الوصية ملك للعبد دون مولاه .

وإن عتق بعد موت الموصي ، وبعد القبول . . فإنّ المال للمولى ، لا حقّ للعبد فيه . وإن عتق بعد موت الموصي وقبل القبول ، ثمّ قبل العبد : فإن قلنا : إنّ الوصية تملك بنفس القبول . . فإنّ الوصية ملك للعبد دون مولاه . وإن قلنا : نتبين بالقبول أنّها ملكت بموت الموصي . . فالوصية ملك للسيد . فإن امتنع العبد من القبول على هذا . . فهل يجوز للسيد أن يقبل ؟ فيه وجهان :

أحدهما : له أن يقبل ؛ لأنّ الملك له .

والثاني : ليس له أن يقبل ؛ لأنّ الإيجاب للعبد .

فرعٌ : [الوصية لعبده] :

وإن أوصى رجلٌ بثُلثِ ماله لعبده . . ففيه ثلاثة أوجه :

أحدها - وهو قولُ ابنِ الحَدَّادِ - : أَنَّهُ يَعْتَقُ ثُلْثُ الْعَبْدِ ؛ لِأَنَّ الْعَبْدَ مِنْ جُمْلَةِ مَالِهِ ،  
وَالْوَصِيَّةُ عَامَّةٌ فِيهِ وَفِي سَائِرِ أَمْوَالِهِ ، فَصَارَ كَمَا لَوْ أَوْصَى لَهُ بِنَفْسِهِ . وَلَا يَقُومُ عَلَيْهِ بَاقِي  
نَفْسِهِ ؛ لِأَنَّهُ مَعْسِرٌ بِقِيَمَةِ بَاقِيهِ .

و[الثاني] : مِنْ أَصْحَابِنَا مَنْ قَالَ : يُجْمَعُ ثُلْثُ التَّرَكَةِ فِي الْعَبْدِ ، وَيَعْتَقُ . وَإِنْ فَضَلَ  
مِنْ الثُّلْثِ شَيْءٌ بَعْدَ قِيَمَتِهِ . . دُفِعَ إِلَيْهِ . وَإِنْ نَقَصَ الثُّلْثُ عَنْ قَدْرِ قِيَمَتِهِ . . عَتَقَ مِنْهُ بِقَدْرِ  
الثُّلْثِ وَرُقٍّ بَاقِيهِ ؛ لَمَا رَوَى : ( أَنَّ رَجُلًا أَعْتَقَ سِتَّةَ أَعْبِدٍ فِي مَرَضِهِ ، فَأَعْتَقَ النَّبِيُّ ﷺ  
مِنْهُمْ اثْنَيْنِ وَأَرْقَ أَرْبَعَةً )<sup>(١)</sup> فَجَمَعَ الثُّلْثَ لِتَكْمِيلِ الْحَرِّيَّةِ ، فَكَذَلِكَ هَذَا مِثْلُهُ .

و[الثالث] مِنْهُمْ مَنْ قَالَ : لَا تَصَحُّ الْوَصِيَّةُ ؛ لِأَنَّ الظَّاهَرَ أَنَّ الْمَوْصِيَّ بِهِ غَيْرُ  
الْمَوْصِيَّ لَهُ . وَإِذَا لَمْ يَدْخُلِ الْعَبْدُ فِي الْوَصِيَّةِ . . لَمْ تَصَحَّ الْوَصِيَّةُ .

وَاللَّهُ أَعْلَمُ

\* \* \*

(١) أخرجه عن عمران بن حصين «مسلم» (١٦٦٨) في الأيمان ، باب : من أعتق شركاً له في عبد ،  
وأحمد في «المسند» كما في «الفتح الرباني» (١٨٦/١٥) .

## بَابُ مَا يُعْتَبَرُ مِنَ الثَّلْثِ

العطايا على ضربين : منجزة وغير منجزة .

فَأَمَّا غَيْرُ الْمَنْجَزَةِ : فهو ما يوصي به الإنسان أَنْ يُخْرَجَ مِنْ مَالِهِ بَعْدَ مَوْتِهِ ، فَيُنْظَرُ فِيهِ : فَإِنْ وَصَّى بِمَا لَمْ يَلْزِمُهُ فِي حَيَاتِهِ ، كَالْهَبَةِ وَصَدَقَةِ التَّطَوُّعِ وَالْمَحَابَةِ وَالْعَتَقِ وَمَا أَشْبَهَ ذَلِكَ . . فَإِنَّ ذَلِكَ يُعْتَبَرُ مِنْ ثَلَاثِ تَرَكَتِهِ ، سَوَاءٌ وَقَعَتِ الْوَصِيَّةُ بِهِ فِي الصَّحَّةِ أَوْ فِي مَرَضِ الْمَوْتِ ، أَوْ بَعْضُهَا فِي الصَّحَّةِ وَبَعْضُهَا فِي مَرَضِ الْمَوْتِ ؛ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ وَعْدٌ ، بِدَلِيلِ أَنَّهُ يَصْحُحُ الرُّجُوعُ فِيهَا ، وَإِنَّمَا تَلْزِمُ بِمَوْتِ الْمُوصِي ، وَكُلُّهَا مُتَسَاوِيَةٌ فِي وَقْتِ اللُّزُومِ .

وَأَمَّا مَا وَجِبَ عَلَيْهِ فِي حَيَاتِهِ ، كَالدَّيْنِ وَالزَّكَاةِ وَالْكَفَّارَةِ وَالْحَجِّ : فَإِنْ لَمْ يَوْصِ بِهَا . . وَجِبَ قَضَاؤُهَا مِنْ رَأْسِ مَالِهِ ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا مُنَعَ مِنَ الزِّيَادَةِ عَلَى الثَّلَاثِ لِحَقِّ الْوَرِثَةِ ، وَهَذِهِ الْأَشْيَاءُ مُقَدَّمَةٌ عَلَى الْمِيرَاثِ . وَإِنْ وَصَّى بِهَا . . نَظَرَتْ :

فَإِنْ وَصَّى أَنْ تُؤَدَّى مِنْ رَأْسِ مَالِهِ . . أَخْرَجَتْ مِنْ رَأْسِ مَالِهِ ؛ لِأَنَّهَا فِي الْأَصْلِ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ ، وَوَصِيَّتُهُ بِهَا تَأْكِيدٌ .

وَإِنْ وَصَّى أَنْ تُخْرَجَ مِنْ ثَلَاثِ تَرَكَتِهِ . . أَخْرَجَتْ مِنْ ثَلَاثِ تَرَكَتِهِ ، وَزَاحَمَ أَصْحَابَ الْوَصَايَا فِي الثَّلَاثِ ؛ لِأَنَّهُ قَصَدَ الرِّفْقَ بِالْوَرِثَةِ . فَإِنْ لَمْ يَفِ مَا يَخْصُ الْوَاجِبَ مِنَ الثَّلَاثِ . . تَمَّمَ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ عَلَى مَا سَيَأْتِي بَيَانُهُ .

وَإِنْ وَصَّى أَنْ يُفْعَلَ عَنْهُ ، وَلَمْ يَقُلْ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ ، وَلَا مِنَ الثَّلَاثِ . . فَاخْتَلَفَ أَصْحَابُنَا فِيهِ :

فَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ : يُعْتَبَرُ مِنَ الثَّلَاثِ ، وَهُوَ ظَاهِرُ النَّصِّ ؛ لِأَنَّهُ فِي الْأَصْلِ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ فَلَمَّا وَصَّى بِهِ . . عَلِمَ أَنَّهُ قَصَدَ الرِّفْقَ بِالْوَرِثَةِ فِي أَنْ يُخْرَجَ مِنَ الثَّلَاثِ .

وَقَالَ أَكْثَرُ أَصْحَابِنَا : يُخْرَجُ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ ، وَهُوَ الْأَصَحُّ ؛ لِأَنَّهُ فِي الْأَصْلِ مِنْ



رأس المال ، والوصية به تقتضي التذكارية ، والنصر محمولٌ عليه إذا صرَّحَ بأنَّ يُفعلَ من الثلث .

وقال أبو عليُّ بنُ أبي هريرة : إنَّ لم يقرن بوصيته بالواجب وصية أخرى . . كان من رأس المال . وإنَّ قرن بها وصية أخرى تكون من الثلث ، بأنَّ قال : أقضوا ديني ، وأعتقوا عني رقبة ، أو صدَّقُوا عني تطوعاً بكذا . . كان جميع ذلك من الثلث ؛ لأنَّه لما قرن الواجب مع ما يُخرج من الثلث . . علِمَ أنَّ الجميع من الثلث .

وأما العطايا المنجزة : فمثل أن يهب ويُقبض ، أو يبيع ويشترى بمُحاباة . فإنَّ كان ذلك في صحته . . اعتُبر من رأس ماله وإنَّ تأتَّى<sup>(١)</sup> على جميع ماله ؛ لأنَّه لا حقَّ لأحد في ماله ، ولا اعتراض عليه . وإنَّ فعل ذلك في مرضه . . فالمرضى على ثلاثة أضرب :

مريضٌ حكمه حكمُ الصحيح ، ومريضٌ حكمه حكمُ الميت ، ومريضٌ يُخافُ عليه التلف من مرضه ويُرجى برؤه .

فأمَّا [الضربُ الأوَّلُ] الذي حكمه حكمُ الصحيح فهو : أن يكون به مرضٌ لا يُخافُ عليه منه التلف ، مثل : حمى يومٍ ، ووجعِ الضرسِ والصُّداعِ ووجعِ العينِ وما أشبه ذلك . . فهذا حكمٌ تصرُّفه حكمُ الصحيح ؛ لأنَّ هذه الأشياء لا يُخافُ منها التلفُ غالباً ، ولا يخلو الإنسان من مثلها . وإنَّ اتَّصلَ الموتُ بهذه الأشياء . . صارَ كمن ماتَ فجأةً بلا مرضٍ .

وفي هذا المعنى : المريضُ الذي لا يُرجى برؤه ، ولكنَّه يطولُ بصاحبه ، ولا يُعاجله الموتُ منه ، كالسَّلِّ في ابتدائه ، والفالج إذا طال به ، وما أشبه ذلك ممَّا لا يُخافُ منه معاجلة الموت . وإنَّ تحقَّقَ أنَّها لا تزول . . فحكمه حكمُ الصحيح ، كتصرُّفِ الشيخِ الهرم . هذا نقلُ البغداديين من أصحابنا .

وقال المسعوديُّ [في « الإبانة » ق/ ٤٠٤] : الاعتبارُ بالمال لا بالحال ، فلو كان مرضاً يسيراً فمات منه . . بأنَّ أخطأنا ، وأنَّه مخوفٌ .

(١) تأتَّى : تسهل وتهايا .

وَأَمَّا [الضربُ الثاني] المريضُ الذي حُكِمَ حُكْمُ المَيِّتِ فهوَ : المَيِّتُ وَسُ مِنْ حَيَاتِهِ ، مِثْلُ : أَنْ يَكُونَ فِي النَّزْعِ وَقَدْ شَخَصَ بَصْرُهُ وَأَبْيَضَتْ عَيْنَاهُ ، أَوْ يَكُونَ قَدْ عَلَاهُ الْمَاءُ وَلَا يُحْسِنُ الْعَوْمَ ، أَوْ كَانَ قَدْ قُطِعَ حَلْقُهُ وَمَرِيئُهُ ، أَوْ خَرَجَتْ حَشَوْتُهُ أَوْ أُبَيِّنَتْ ، أَوْ قُطِعَ بِنَصْفَيْنِ وَهُوَ يَتَكَلَّمُ - وَحَكَى أَبُو عَلِيٍّ بْنُ أَبِي هَرِيرَةَ : أَنَّ رَجُلًا قُطِعَ بِنَصْفَيْنِ ، فَجَعَلَ يِعَاتِبُ مَنْ فَعَلَ بِهِ ذَلِكَ - فَهَذَا لَا حُكْمَ لِكَلَامِهِ فِي وَصِيَّةٍ وَلَا عَقْدٍ وَلَا إِسْلَامٍ وَلَا تَوْبَةٍ .

قَالَ الشَّيْخُ أَبُو حَامِدٍ : فَإِنْ جَنَى جَنَايَةً ، أَوْ أَتْلَفَ مَالًا . . لَمْ يَلْزَمُهُ ضَمَانُهَا . وَإِنْ قَتَلَهُ قَاتِلٌ . . لَمْ يَجِبْ عَلَيْهِ قَوْدٌ وَلَا دِيَّةٌ وَلَا كَفَّارَةٌ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَبْقَ فِيهِ حَيَاةٌ مُسْتَقَرَّةٌ ، وَإِنَّمَا يَتَحَرَّكُ حَرَكَةً مَذْبُوحٍ ، وَهَذِهِ حَالَةُ فِرْعَوْنَ الَّتِي قَالَ بِهَا : ﴿ ءَاْمَنْتُ أَنَّهُ لَا إِلَهَ إِلَّا الَّذِي ءَاْمَنْتُ بِهِ بَنُو إِسْرَءِيلَ وَأَنَا مِنَ الْمُسْلِمِينَ ﴾ [يونس : ٩٠] فَلَمْ يُقْبَلْ مِنْهُ . وَهِيَ الْحَالَةُ الَّتِي قَالَ اللَّهُ تَعَالَى فِيهَا : ﴿ وَلَيْسَتِ التَّوْبَةُ لِلَّذِينَ يَعْمَلُونَ السَّيِّئَاتِ حَتَّى إِذَا حَضَرَ أَحَدَهُمُ الْمَوْتُ قَالَ إِنِّي بُنْتُ الْكَفَّارَةِ ﴾ [النساء : ١٨] .

وَأَمَّا الضَّرْبُ الثَّلَاثُ : فَهُوَ الْمَرَضُ الَّذِي يُخَافُ مِنْهُ التَّلَفُ غَالِبًا ، وَقَدْ يُرْجَى الْبَرَاءُ مِنْهُ ، فَهَذَا إِذَا وَصَّى فِيهِ . . صَحَّتْ وَصِيَّتُهُ . وَإِنْ تَصَرَّفَ فِيهِ . . صَحَّ تَصَرُّفُهُ . وَإِنْ أَعْتَقَ أَوْ وَهَبَ وَأَقْبَضَ أَوْ حَابَى فِيهِ بِالْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ . . صَحَّ جَمِيعُ ذَلِكَ ؛ لِقَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمُ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ ﴾ [البقرة : ١٨٠] وَلَمْ يُرَدْ بِهِ الْمَوْتُ نَفْسُهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُ مَعَهُ الْوَصِيَّةُ ، وَإِنَّمَا أَرَادَ بِهِ : إِذَا حَضَرَ سَبَبُ الْمَوْتِ .

وَرَوَى : ( أَنَّ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ لَمَّا طُعِنَ . . سَقَاهُ الطَّبِيبُ لَبَنًا ، فَخَرَجَ مِنَ الْجَرْحِ ، فَقَالَ : إِعْهَدْ إِلَى النَّاسِ ، فَعَهْدَ ، وَأَمْضَتِ الصَّحَابَةُ عَهْدَهُ ) .

فَإِنْ كَانَ فَعَلَهُ ذَلِكَ فِي حَالَةٍ مَخُوفَةٍ : فَإِنْ بَرَى . . لَزِمَ الْكُلَّ ، وَإِنْ مَاتَ مِنْ مَرَضِهِ ذَلِكَ . . أَعْتَبِرَتْ تَبَرُّعَاتُهُ فِيهِ مِثْلُ الْعَتَقِ وَالْهَبَةِ وَالْمَحَابَاةِ مِنْ ثَلَاثِ تَرْكِتِهِ ؛ لَمَا رَوَى عِمْرَانُ بْنُ الْحَصِينِ : ( أَنَّ رَجُلًا أَعْتَقَ فِي مَرَضِهِ الَّذِي مَاتَ فِيهِ سِتَّةَ مَمْلُوكِينَ ، لَا مَالَ لَهُ غَيْرُهُمْ ، فَجَزَّاهُمْ النَّبِيُّ ﷺ ثَلَاثَةَ أَجْزَاءَ ، وَأَقْرَعَ بَيْنَهُمْ ، فَأَعْتَقَ اثْنَيْنِ ، وَأَرْقَى أَرْبَعَةً ) .

وروي : أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « إِنَّ اللَّهَ تَصَدَّقَ عَلَيْكُمْ عِنْدَ وَفَاتِكُمْ بِثُلْثِ أَمْوَالِكُمْ زِيَادَةً فِي أَعْمَالِكُمْ » .

ولأنَّه في تلك الحالة يتخوَّفُ الورودَ على الله ، وقد يحمله ذلك الخوفُ على أن يتصدَّقَ بجميعِ مالهِ تقريباً إلى الله ويتلفهُ على الوارثِ ، فيُضِرُّ به ، فلذلك قُصِرَ تصرُّفه على ثلثِ تركته .

فأما إذا أنفق ماله في لذاته من المطعم والمشرب والملبس . . فإنه يكون من أصل ماله وإن استغرق جميع ماله ؛ لأنَّ منفعة نفسه مقدَّمة على منفعة الورثة .

إذا ثبتَ هذا : فقد ذكرَ الشافعيُّ الأمراضَ المخوفةَ وغيرَ المخوفة ، فبدأ بذكر الحمى ، وهي على ضربين : مُطَبِّقَةٌ وغيرُ مُطَبِّقَةٍ .

فأما المطبقة : فإنَّها لا تكونُ مخوفةً في يومٍ ولا يومين . فإذا أعطى في تلك الحال . . لم يُعتبرَ من الثلثِ ؛ لأنَّ العادة ما جرت بأنَّ الإنسانَ يضعفُ بحمى يومٍ ولا يومين ، ولا يُخافُ منه التلفُ . فإذا دامت وأتصلت . . صارت مخوفةً ، وما أعطاه في تلك الحال ، اعتبرَ من الثلثِ ؛ لأنَّه يُخافُ منها التلفُ .

وأما غيرُ المطبقة فهي : الغِبُّ<sup>(١)</sup> : التي تجيء يوماً وتذهب يوماً . والرَّبعُ : وهي التي تجيء يوماً وتذهب يوماً ، ثم تعودُ في اليومِ الرابع ، فهذه الحمى ليست بمخوفة وإن طالَ زماناً ؛ لأنَّه وإنَّ ضعفَ في يومِ الحمى ، فإنه يقوى في يومِ الصَّحَّةِ ، فتكونُ القوَّةُ بإزاءِ الضعفِ فتعادلان .

قالَ الشافعيُّ : ( فإن كان معها وجعٌ . . كان مخوفاً وذلك مثلُ البرسامِ ، أو الرُّعافِ الدائمِ أو ذاتِ الجنبِ أو الخاصرة أو القولنج<sup>(٢)</sup> ) .

(١) الغِبُّ : من كل شيء عاقبته وآخره ، وحمى الغب ، يقال غَبَّتْ تَغْبُ غَبّاً : هي التي تنوب يوماً بعد يوم ، مأخوذ من غَبَّ الإبل بأن يسقيها يوماً ويتركها يوماً أو أياماً ، وقد وصف حال الحمى المتنبى بقوله :

وزائرتني كأن بها حياءً      فليس تزور إلا في الظلام  
بذلت لها المطارف والحشايا      فعافتها وباتت في عظامي

(٢) القولنج : مرض معد مؤلم يصعب معه خروج البراز والريح ، وسببه التهاب القولون .

وظاهرُ هذا : أَنَّ هذه الأمراضَ ليستَ بمخوفةٍ إِلَّا إذا أنضافتْ إِلَى حُمَّى الغِبِّ أو الرَّبْعِ .

قالَ أصحابُنا : وليسَ هذا على ظاهره ، بل هذه الأمراضُ مخوفةٌ وإنِ أنفردتْ ، وإنَّما هي معَ الحُمَّى أشدُّ خوفاً . وقد نصَّ على ذلك في « الأُمِّ » ؛ لأنَّ ( البرسامَ ) : بخارٌ مِنَ الحُمَّى يرتقي إلى الرأسِ أو الصدرِ فيختلطُ معه العقلُ فيَهْذِي ، فيكونُ مخوفاً . وأمَّا ( الرُّعافُ ) : فإنَّ كانَ يسيراً لحظةً أو ساعةً . . فليسَ بمخوفٍ . وإنَّ كانَ متصلاً دائماً . . فهو مخوفٌ ؛ لأنَّه يُنزِفُ دمه ، فهو كما لو أفتصد<sup>(١)</sup> ولم يَسُدَّهُ .

وأما ( ذاتُ الجنبِ ) : فهو داءٌ يقعُ في الجنبِ ، فيرمُ وينتفخُ وينفذُ ، ويكونُ ذلكَ بقربِ القلبِ ، يؤلِّمُ ألماً شديداً ، وربَّما أنفتحَ إلى قلبه فماتَ عقيبهُ .

وكذلكَ ( ذاتُ الخاصرةِ ) : جرحٌ يقعُ في الخاصرةِ . . فهو مخوفٌ . وكذلكَ قروحُ الصدرِ والرئةِ مخوفةٌ ؛ لأنَّه يصعبُ علاجُ قروحِ الصدرِ ، والرئةُ لا تقبلُ العلاجَ ؛ لأنها تضطربُ أبداً وتتحركُ فلا تقبلُ العلاجَ .

( والقولنجُ ) : هو أنَّ يَستَمسِكَ طبعُهُ فيَحْمِي جسمُهُ ، ويرتفعُ إلى رأسِهِ بخاراتُ نَحْمِيَّةٌ ، فيختلطُ معها العقلُ ، فيهلكُ .

وأما ( القيامُ ) : فهو إسهالُ البطنِ ، فإنَّ كانَ مُسترسِلاً بحيثُ لا يَقْدِرُ على حَبْسِهِ ، بل يخرجُ منه بغيرِ اختيارِهِ . . فهو مخوفٌ وإنَّ كانَ قليلاً ؛ لأنَّ هذا لا يكونُ إِلَّا بسقوطِ القوَّةِ ، ويُخشى منه معاجلةُ الموتِ .

وإنَّ كانَ غيرَ مُسترسِلٍ ، ويمكنُهُ إمساكُ نَفْسِهِ فيه ، فإنَّ كانَ يوماً أو يومين ، وليسَ معه دمٌ . . فليسَ بمخوفٍ ؛ لأنَّه لا يخافُ منه التَّلَفَ إذ قد يكونُ مِنْ غيرِ علَّةٍ ، وقد يكونُ مِنْ أمتلاءٍ فيَدفعُ الطبيعةُ ، فتحلُّ محلَّ الدواءِ .

وإذا كانَ محتَمَلاً . . لم يُجعلْ مخوفاً . وإنَّ جاوزَ يومين . . صارَ مخوفاً ؛ لأنَّه يُنشَفُ الرطوبةُ الغريزيَّةُ ، فتغلبُ اليُبوسةُ عليه ، فتؤدِّي إلى التَّلَفِ .

(١) الفصد : إخراج مقدار من دم الوريد بقصد العلاج .



فَإِنْ أُنْضِافَ إِلَى الْقِيَامِ زُحَيْرٌ<sup>(١)</sup> أَوْ تَقْطِيعٌ . . كَانَ مَخَوْفًا بِكُلِّ حَالٍ . فَالزَّحِيرُ : أَنْ يُخْرَجَ مِنْهُ الشَّيْءُ بِشِدَّةٍ وَمَشَقَّةٍ وَذَلِكَ يَهْدُهُ . وَالتَّقْطِيعُ : أَنْ يُخْرَجَ مِنْهُ الشَّيْءُ بَعْدَ الشَّيْءِ مُتَقَطَّعًا بِشِدَّةٍ .

وَأَمَّا إِذَا كَانَ فِي إِسْهَالٍ يَوْمٍ أَوْ يَوْمَيْنِ دَمٌ . . فَقَدْ نَقَلَ الْمُزْنِيُّ : ( أَنَّهُ لَا يَكُونُ مَخَوْفًا ) ، وَنَقَلَ الرَّبِيعُ : ( أَنَّهُ يَكُونُ مَخَوْفًا ) .

وَأَخْتَلَفَ أَصْحَابُنَا فِي ذَلِكَ :

فَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ : الصَّحِيحُ مَا نَقَلَهُ الرَّبِيعُ ؛ لِأَنَّ الدَّمَ يُخْرَجُ مِنَ الْأَعْضَاءِ الشَّرِيفَةِ ، كَالْكَبِدِ وَالطَّحَالِ وَنَحْوِ ذَلِكَ ، وَذَلِكَ مَخَوْفٌ .

وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ : هِيَ عَلَى اخْتِلَافٍ حَالِينَ :

فَالَّذِي نَقَلَهُ الرَّبِيعُ : أَرَادَ : إِذَا كَانَ خُرُوجُ الدَّمِ مِنَ الْكَبِدِ وَالطَّحَالِ وَنَحْوِهِمَا ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ عَنْ قُرُوحٍ بِهَا .

وَالَّذِي نَقَلَهُ الْمُزْنِيُّ : أَرَادَ : إِذَا كَانَ خُرُوجُ الدَّمِ مِنَ الْمِقْعَدَةِ - وَهُوَ : الْبَوَاسِيرُ - فَلَا يَكُونُ مَخَوْفًا مَا لَمْ يَتَطَاوُلَ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُخَافُ مِنْهُ التَّلَفُ .

فَرَعٌ : [ غَلَبَةُ خُرُوجِ الدَّمِ وَالبَلْغَمِ وَنَحْوَهُمَا ] :

قَالَ الشَّافِعِيُّ : ( وَمَنْ سَاوَرَهُ الدَّمُ حَتَّى تَغَيَّرَ عَقْلُهُ أَوْ الْمِرَارُ ، أَوْ الْبَلْغَمُ . . كَانَ مَخَوْفًا ) وَهَذَا كَمَا قَالَ : إِذَا سَاوَرَهُ الدَّمُ ، أَيْ غَلَبَهُ وَهَاجَ عَلَيْهِ : وَهُوَ أَنْ يَنْصَبَّ الدَّمُ إِلَى طَرَفٍ مِنْ بَدَنِهِ مِنْ يَدٍ أَوْ رِجْلٍ أَوْ فَخِذٍ أَوْ غَيْرِهِ ، فَيَتَفَخَّحُ وَيَرْمُ وَيَحْمَرُّ<sup>(٢)</sup> . . فَهُوَ مَخَوْفٌ .

قَالَ الشَّافِعِيُّ : ( تَغَيَّرَ عَقْلُهُ أَوْ لَمْ يَتَغَيَّرْ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَكُونُ مِنْ فَرْطِ الْحُمَّى ؛ لِأَنَّهُ يَذْهَبُ بِالرُّطُوبَةِ الْغَرِيزِيَّةِ ، فَيُهِلِكُ ) .

(١) زحيرٌ - مأخوذ من الزحار - : مرض يتميز بتبرز متقطع معظمه دم ومخاط ويصعبه ألم وتعب .

(٢) يحمرُّ ، ثم يسود ، وهو ما يدعى بالغرغرينة ، ثم يؤول إلى الجذام : وهو علة تتآكل منها الأعضاء وتتساقط .



وكذلك إذا ساوره المراز - أي : وأتته ، وهي الصفراء إذا أنصبت إلى موضع من بدنه ؛ لأنه يكون من فضل الحمى - فيخاف عليه .

وإن غلب عليه البلغم - وهو من الرطوبة وأبتداء الفالج - فهو مخوف أيضاً ؛ لأنه أول ما يثور يستمسك لسانه وتسقط قوته ، فربما أطفأ الحرارة الغريزية ، فيهلك . فإذا استقر وأنطلق لسانه . . صار فالجاً ، ولم يكن مخوفاً ؛ لأنه لا يخشى منه معالجة الموت .

وكذلك السُّلُّ : لا يخاف منه معالجة الموت وإن كان يتحقق أنه لا يبرأ منه ، كما أن الإنسان إذا كبر وهرم يتحقق أنه لا يعود شاباً ، وأنه يموت عن كبره ، وليس بمخوف .

فرعٌ : [الطاعون مرض مخوف] :

قال الشافعي : ( الطاعون مخوف حتى يذهب )<sup>(١)</sup> .

قال الشيخ أبو حامد : أراد : إذا كان بالمرء طاعونٌ . . فإنه مخوف حتى يذهب عنه ؛ لأنه من غلبة الدم والحمى على جميع بدنه .

وقال المسعودي [في « الإبانة » ق/ ٤٠٥] : إذا حصل ببلد طاعونٌ ، فمن كان بذلك البلد . . فأمره مخوفٌ ، وإن لم يطعن بعد .

وإن أشكل شيء من الأمراض : هل هو مخوفٌ أو غير مخوفٍ ؟ رُجع فيه إلى أهل الصنعة من أهل الطب ، كما يرجع فيما أشكل من الشرع إلى أهل الفقه ، ولا يُقبل فيه أقل من طبيبين ؛ لأن ذلك محل<sup>(٢)</sup> الشهادة . ولا يقبل فيه إلا قول مسلمين عدلين ، كما قلنا في الشهادة .

قال المسعودي [في « الإبانة » ق/ ٤٠٥] : ولا يُقبل فيه قول رجلٍ وأمرأتين ؛ لأنَّ

(١) جاء في هامش نسخة : ( لأنه من شدة الحرارة ، إلا أنه في جميع البدن ، وهيجان الدم الذي ذكره يكون في بعضه . ولهذا فرق بينهما في الذكر ) .

(٢) في ( م ) : ( يحصل ) .

المقصود إثبات المرض لا إثبات المال ، وإنما يثبت المال بشهادة رجل وامرأتين .  
وأما المجروح : فيُنظر فيه :

فإن كان الجرح نافذاً إلى الدماغ أو البطن . . فهو مخوف ؛ لما روي : ( أن عمر رضي الله عنه لما طعن ، سقاه الطبيب لبناً ، فخرج من جوفه ، فقال له : إعهذ إلى الناس ) ولأن الهواء يدخله ، وتهب فيه الريح فتتسفف رطوبته .

وإن لم يكن نافذاً . . فحكمه وحكم من ضرب بعصاً أو خشبة أو حجر واحد ، فيُنظر فيه ، فإن ألمه وحصل منه ورمٌ وجمع مدَّة<sup>(١)</sup> . . فهو مخوف ؛ لأنه قد يسري . وإن لم يجمع مدَّة ، وليس فيه ورمٌ ولا ألم . . فليس بمخوف . فإن أخذت الجراحة في البرء . . قال الشيخ أبو حامد : فقد خرج عن أن يكون مخوفاً .

فرعٌ : [حمل المرأة ليس بمخوف] :

وأما الحمل في المرأة : فليس بمخوف قبل الطلق .

وقال مالك : ( إذا بلغت المرأة ستّة أشهر . . صارت مخوفاً عليها ، فيكون تصرفها في ثلث تركتها ) .

وقال ابن المسيب : الحمل مخوف من ابتدائه .

دليلنا : أن الحمل ليس بحال خوف ، وإنما هو يقرب إلى حال الخوف ، فهو كالصحة .

فأما إذا ضرب الحامل الطلق - وهو وجع الولادة - فهو مخوف على المنصوص عليه . وفيه قول آخر : ( أنه غير مخوف ) ؛ لأن السلامة منه أكثر ، والأول أصح ؛ لأن وجع الولادة أشد من المرض المخوف ؛ لأن الولد يخرج من الرحم الذي ضيق رأسه كالإحليل ، وربما كان سبباً لتلفها .

(١) المدّة : القيح ، وهي الغثية الغليظة ، أما الرقيقة : فهي صديد ، وأمد الجرح إمداداً : صار فيه مدّة .

قال الشافعي : ( وكذلك طَلَقُ الإسقاطِ ) .

قال أصحابنا : إنَّ أَسْقَطَهُ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ فَأَكْثَرُ . . . كَانَ مَخَوْفًا ؛ لِأَنَّ وَلَادَتَهُ أَشَقُّ مِنْ وَلَادَةِ الْحَيِّ ؛ لِأَنَّ الْحَيَّ يَسْهُلُ خُرُوجُهُ لِلْحَرَارَةِ الَّتِي فِيهِ ، وَهِيَ الْحَيَاةُ . وَإِذَا كَانَ مَيِّتًا . . . بَرْدٌ وَثَقُلَ ، فَعَسَرَ خُرُوجُهُ . وَإِنْ وَلَدَتْهُ لِدُونِ سِتَّةِ أَشْهُرٍ . . . فَلَيْسَ بِمَخَوْفٍ ؛ لِأَنَّهُ مُضَغَّةٌ أَوْ شَيْءٌ لَمْ يَتَخَلَّقْ ، فَهُوَ كَقِطْعَةٍ لَحْمٍ ، فَلَا يَشَقُّ خُرُوجُهُ .

قال الشافعي : ( فَإِنْ أَنْفَصَلَ الْوَلَدُ وَخَرَجَ . . . فَلَيْسَ مَا بَعْدَهُ بِمَخَوْفٍ إِلَّا أَنْ يَكُونَ هُنَاكَ جَرْحٌ وَأَلَمٌ وَضَرْبَانٌ<sup>(١)</sup> . . . فَيَكُونُ مَخَوْفًا ) .

فرع : [صفة الحرب المخوفة] :

وإنَّ وَقَعَ الْقِتَالُ بَيْنَ طَائِفَتَيْنِ مُسْلِمَتَيْنِ ، أَوْ مُسْلِمَةٍ وَكَافِرَةٍ ، أَوْ كَافِرَتَيْنِ : فَإِنْ كَانُوا يَتَرَامُونَ مِنْ بَعْدِ . . . قَالَ الشَّيْخُ أَبُو حَامِدٍ : فَلَيْسَ بِمَخَوْفٍ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ يُصِيبُ الرَّمِيَّ وَقَدْ يَخْطِئُ ، وَلَيْسَتْ إِصَابَتُهُ بِأُولَى مِنْ خَطِئِهِ .

وإنَّ أَلْتَحَمَ الْقِتَالُ ، وَأَخْتَلَطَ الْفَرِيقَانِ : فَإِنْ كَانَتْ إِحْدَى الطَّائِفَتَيْنِ أَكْثَرَ عِدْدًا مِنَ الْأُخْرَى بِزِيَادَةٍ كَثِيرَةٍ . . . فَالْقَلِيلَةُ مَخَوْفٌ عَلَيْهَا . وَإِنْ كَانَتَا مُتَسَاوِيَتَيْنِ . . . فَنَقَلَ الْمُزْنِيُّ : ( أَنَّهُ مَخَوْفٌ عَلَيْهِمَا ) .

وقال في « الإملاء » : ( تُعْتَبَرُ الْعَطَايَا مِنْ رَأْسِ الْمَالِ ) . فَاَلْمَسْأَلَةُ عَلَى قَوْلَيْنِ :

أَحَدُهُمَا : أَنَّهُ مَخَوْفٌ عَلَيْهِمَا ؛ لِأَنَّهُ سَبَبٌ يُخَافُ مِنْهُ التَّلَفُ ، فَهُوَ كَالْمَرَضِ الْمَخَوْفِ .

والثاني : أَنَّهُ لَيْسَ بِمَخَوْفٍ عَلَيْهِمَا ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَحْدَثْ فِي الْجَسْمِ شَيْءٌ ، فَهُوَ كَالصَّحِيحِ .

(١) في « الصحاح » : وَضَرْبُ الْجَرْحِ ضَرْبَانًا بَفَتْحِ الرَّاءِ ، وَاسْتَعْمَلَهَا الشَّافِعِيُّ فِي « الْأَمِّ » ( ٣٥ / ٤ ) : ( وَلَا يَصِيبُهُ فِيهَا ضَرْبَانٌ وَلَا أَذًى . . . ) ، وَفِي « مُخْتَصَرِ الْمُزْنِيِّ » ( ١٧٢ / ٣ ) : ( وَلَمْ يَغْلِبْ لَهَا وَجَعٌ وَلَا ضَرْبَانٌ وَلَمْ يَأْتِكِلْ . . . ) فَلَعَلَّ الْمُرَادَ تَوَالِي ثَوْرَانِ أَلَمِ الْجَرْحِ كَالطَّلَقَةِ وَالتَّنْمِيلِ وَالْخَدْرَانِ وَنَحْوِهِ .

وإن وقع رجلٌ في أسر الكفار : فإن كانوا<sup>(١)</sup> قوماً لا يرون قتل الأسرى - كالروم - فالأسر معهم ليس بمخوف ؛ لأن عادتهم أنهم يحبسون الأسرى ولا يقتلونهم .  
وإن كانوا قوماً يرون قتل الأسرى . . فنقل المُنزني : ( أنه مخوف ) .  
وقال في « الإملاء » : ( ليس بمخوف ) . فالمسألة على قولين وتعليهما ما مضى .

وإن ركب في البحر ، فهبت الرياح وأرتفعت الأمواج وألتطمت - وإن لم تنكسر السفينة - ففيه قولان ، وتعليهما ما ذكرناه<sup>(٢)</sup> .  
وإن كان لمسلم على مسلم قتل قصاص وقُدِّم لقتل القصاص . . فنقل المُنزني : ( أنه غير مخوف ما لم يُجرخ ) .  
وأختلف أصحابنا فيها :

فقال أبو إسحاق : هي على قولين كالمسائل الثلاث .

ومنهم من قال : ليس بمخوف قولاً واحداً ؛ لأن الله خلق الرحمة والرافة في قلب المؤمن ، وقد يرق لأخيه المسلم إذا قدر عليه ، ويعفو عن القصاص . ولا رحمة في قلب الكافر على المسلم فيرجى منه ترك القتل . وكذلك في حال التحام القتال وارتفاع الأمواج لا يوجد هذا المعنى .

**مسألة :** [تبرعات الثلث المنجزة والمؤخرة] :

وإن عجز الثلث عن التبرعات . . فلا تخلو التبرعات : إمّا أن تكون منجزة أو مؤخرة ، أو بعضها منجزاً وبعضها مؤخراً .

فإن كانت منجزة ، مثل : أن باع وحابى أو وهب وأقبض أو أعتق عتقاً نافذاً . . نظرت : فإن كانت تبرعاته وقعت في جنس واحد من التصرفات ، مثل : المحاباة أو

(١) في ( م ) : ( كان الكفار ) .

(٢) في ( م ) : ( ما مضى ) .

الهبّة أو العتق ، فإن فعل ذلك متفرّقاً ، مثل : أن أعتق عبداً ثم أعتق عبداً ، أو حابى ثم حابى . . فإنه يبدأ بالأوّل فالأوّل . فإن استوفى الثلث بالأوّل . . لزم ، وكان ما بعده موقوفاً على إجازة الورثة . وإن بقي من الثلث شيء بعد الأوّل . . لزم من الثاني بقدر ما بقي من الثلث ، وما زاد على الثلث موقوف على إجازة الورثة ؛ لأن المريض لا ينفذ تبرّعه إلا في ثلث التركة ، وقد سبق الأوّل ، فقدم لسبقه ، فلزم في حق الورثة .

وإن وقعت تبرّعاته في حالة واحدة . . نظرت : فإن كانت عتقاً ، بأن قال لجماعة عبيد : أعتقتكم . . أقرع بينهم ، ويُعتق منهم قدر ثلث التركة ؛ لما روى عمران بن الحصين : ( أن رجلاً أعتق في مرض موته ستّة مملوكين له ، فأقرع النبي ﷺ بينهم بعد موته ، فأعتق اثنين وأرق أربعة ) .

وإن كانت تبرّعاته محاباة أو هبة ، بأن باع جماعة بكلمة واحدة وحاباهم ، أو وهبهم وأقبضهم في حالة واحدة ، أو وكّل من فعل ذلك عنه ، ووقع ذلك في حالة واحدة . . قسّط الثلث بينهم على قدر محاباتهم .

والفرق بين العتق وغيره من التبرّعات : أن القصد من العتق تكميل الأحكام ، ولا يحصل ذلك إلا بعتق جميع الرقبة ، والقصد من غير العتق الملك للموصى له ، وذلك يحصل وإن ملك الموصى له بعض ما وصّى له به .

وإن كانت تبرّعاته في أجناس من التصرفات ، مثل أن أعتق وباع وحابى وهب وأقبض : فإن وقع ذلك في حالة واحدة ، مثل أن وكّل من يبيع من رجل بيعاً فيه محاباة ، وكّل آخر يهب من رجل عيناً ويقبضه ، وأعتق هو أو وكيله عبداً ، أو وقعت هذه التصرفات في حالة واحدة ، ولم يحتمل الثلث جميعها . . قسّط الثلث بين الجميع على التساوي إن تساوت عطاياهم ، وعلى التفاضل إن تفاضلت ؛ لأنه لا مزية لبعضهم على بعض في السبق . وإن وقعت هذه التصرفات متفرّقة . . قدّم الأوّل فالأوّل على ما ذكرناه في الجنس الواحد .

وقال أبو حنيفة : ( إن حابى أولاً ثم أعتق . . قدّمت المحاباة . وإن أعتق أولاً ثم حابى . . سوّى بينهما ؛ لأن العتق حق لله تعالى ، والمحاباة حق للأدمي ، فلم يقدّم حق الله ، كما لو أعتق المريض عبداً ثم أقرّ بدين لأدمي ، فإن الدين مقدّم ) .



ودليلنا : أنَّهما عطيتان منجرتان ، لو أنفردت كل واحدة . . للزمت . فإذا اجتمعتا ولم يحتملها الثلث . . قُدمت الأولى منهما ، كما لو حابى أولاً ، ثم أعتق .  
فقولنا : ( منجرتان ) احترازٌ ممَّا لو كانتا مؤخرتين ، أو إحداهما منجزةً والأخرى مؤخرَةً .

وقولنا : ( لو أنفردت كل واحدة للزمت ) احترازٌ من البيع الفاسد . وما ذكروه من الإقرار بالدين بعد العتق ، فإنَّ الدين لم يجب بالإقرار ، وإنما وجوبه متقدِّم على العتق ، فلذلك قُدم على العتق .

وإن كانت التبرعات مؤخرَةً - وهو : ما يوصي أن يفعل عنه بعد موته ، من عتق وكتابة ومحاباة وهبة وصدقة وما أشبه ذلك - نظرت :

فإن كانت وصاياه بجنس واحد ، ولم يحتملها الثلث ، فإن كانت عتقاً . . أقرع بين الجميع ؛ لأنَّ القصد تكميل الأحكام بالعتق ، وذلك لا يحصل<sup>(١)</sup> إلا بعتق جميع الرقبة . وإن كانت محاباة أو هبة أو صدقة . . قُسم الثلث بين الجميع ، سواء وقعت متفرقة أو في وقت واحد ؛ لتساوي الجميع في وقت لزوم ، وهو عند الموت .

وإن كانت وصاياه بأجناس ، فإن لم يكن معها عتق . . قُسم الثلث بين الجميع ؛ لما ذكرناه . وإن كان معها عتق ، بأن أوصى بمحاباة وهبة وعتق . . ففيه قولان :

أحدهما : يُقسَّم الثلث بين الجميع بالحصص ؛ لتساوي الجميع في وقت لزوم .

والثاني : يُقدَّم العتق على غيره ؛ لأنَّ له مزيةً في السَّراية<sup>(٢)</sup> .

وإن أوصى بمحاباة وهبة وتفرقة شيء من ماله على المساكين ، وعجز الثلث عن جميع ذلك :

فقال البغداديون من أصحابنا : يُقسَّم الثلث بين الجميع على الحصص قولاً واحداً ؛ لأنَّه لا مزيةً لبعضها على بعض .

(١) في ( م ) : ( لا يجوز ) .

(٢) السَّراية ، مأخوذ من السَّرى : سير الليل ، فيقال : سرَّيت وأسريت .

وقال المسعودي [في «الإبانة» ق/٤٠٦] : وهل تقدّم الوصية للمساكين على غيرها ؟ فيه قولان ، كالعق مع غيره ، والأوّل أصح ؛ لأنّ العتق له مزية بالسراية ، وهذا لا يوجد في الوصية للمساكين .

وإن كانت الوصية بمحابة وهبة وكتابة . . فأختلف أصحابنا فيه :

فمنهم من قال : هل تقدّم الكتابة على غيرها ؟ فيه قولان ؛ لما في الكتابة من العتق .

ومنهم من قال : لا تقدّم الكتابة قولاً واحداً ؛ لأنّه لا سراية للكتابة .

- وإن كان بعض التبرعات منجزة وبعضها مؤخّرة . . قدّمت المنجزة ، سواء تقدّمت أو تأخّرت ، عتقاً كانت أو غيره ؛ لأنّها أقوى ، بدليل أنّ الكلّ يلزم في حق المتصرّف ولو لم يمت في مرضه ذلك ، والمؤخّرة لا تلزم في حياته بحال .

وقال أبو حنيفة : ( إذا أعتق عبداً في مرضه ، ثمّ أوصى بعتق آخر ، ولم يحتملها الثلث . . سوّي بينهما ) .

دليلنا : أنّهما عطيتان ، إحداهما منجزة والأخرى مؤخّرة ، فقدّمت المنجزة ، كما لو باع وحابى ، ثمّ أوصى بعتق عبد .

فرع : [ينفذ تعليق عتق مشروط إن احتمله الثلث] :

إذا كان له عبدان - سالمٌ وغانمٌ - فقال في مرض موته : إذا أعتقتُ سالمًا . . فغانمٌ حرٌّ ، فأعتق سالمًا ، فإن احتملها الثلث . . عتق سالمٌ بالمباشرة ، وعتق غانمٌ بالصفة . وإن لم يحتملها الثلث . . عتق سالمٌ ؛ لأنّه سابق ، ولم يعتق غانمٌ ؛ لأنّ عتقه متأخّر .

وإن قال : إذا أعتقتُ سالمًا . . فغانمٌ حرٌّ حال عتق سالمٍ ، فأعتق سالمًا واحتملها الثلث . . فأختلف أصحابنا فيها :

فقال القاضي أبو الطيّب : يعتق سالمٌ ولا يعتق غانمٌ ؛ لأنّ إعتاق سالمٍ شرطٌ لإعتاق غانمٍ ، والمشروط لا يصحّ وقوعه مع الشرط ولا قبله .

وقال أكثر أصحابنا : يعتقان معاً ؛ لأنه جعل حال عتق سالم صفة لعتق غانم ، وتأخر حرف من لفظ عتق سالم يُعلم بوجود الشرط ، فوقع المشروط .

فإذا قلنا بهذا : ولم يحتملُهما الثلث . . ففيه وجهان :

[أحدهما] : قال أبو العباس ابن سريج ، والشيخ أبو حامد ، وأكثر أصحابنا : يعتق سالم ولا يعتق غانم ؛ لأن عتقهما وقع في حالة واحدة ، ولا يمكن الإقراع بينهما ؛ لأننا لو أقرعنا بينهما . . لم يؤمن أن تخرج قرعة العتق على غانم فيرق سالم . وإذا رق سالم . . لم يعتق غانم ، فيؤدي إثبات عتق غانم إلى نفيه ، وما أدى إثباته إلى نفيه . . سقط إثباته .

[الثاني] : قال الشيخ أبو إسحاق : لا يعتق واحد منهما ؛ لأن الإقراع بينهما لا يمكن ؛ لما ذكرناه ، ولا يمكن تقديم عتق سالم ؛ لأن عتقهما وقع في حالة واحدة ، ولا مزية لأحدهما على الآخر ، فسقط عتقهما .

قال الشيخ أبو حامد : وإن قال لغانم : إذا أعتقت سالمًا . . فأنت حر قبله ، ثم أعتق سالمًا في مرض موته ، فإن خرجا من الثلث . . عتقا ، وتبين أن عتق غانم قبل سالم . . وإن لم يحتملُهما الثلث . . عتق سالم دون غانم ؛ لما ذكرناه .

قلت : وعلى قول الشيخ أبي إسحاق في التي قبلها : لا يعتق هاهنا واحد منهما ؛ لأن عتق سالم شرط لعتق غانم ، فإذا لم يعتق عبده في الأولى - وعتقه وعتق غانم يقع في حالة واحدة - فلأن لا يعتق عبده هاهنا - وعتق غانم قبله - أولى . وكذلك على قول القاضي أبي الطيب في التي قبلها : لا يعتق غانم وإن احتملُهما الثلث ؛ لأن المشروط لا يتقدم على الشرط . والأول هو المشهور .

فإن كان له ثلاثة أعبد - سالم وغانم وفائق - فقال في مرض موته : إذا أعتقت سالمًا . . فغانم وفائق حران ، ثم أعتق سالمًا ، فإن احتمل الثلث عتق جميعهم . . عتقوا . وإن احتمل الثلث عتق أحدهم لا غير . . عتق سالم ، لأن عتقه سابق . وإن احتمل الثلث عتق سالم وعتق أحد الآخرين . . عتق سالم ، وأقرع بين غانم وفائق ؛ لأن عتقهما وقع في حالة واحدة .

وإن قال لغنم وفائق في مرض موته : أنتما حران حال عتق سالم ، ثم أعتق سالمًا ، وأحتمل الثلث عتق جميعهم . . فعلى قول القاضي أبي الطيب في التي قبلها : يعتق سالم ولا يعتق غانم وفائق . وعلى قول عامة أصحابنا : يعتق جميعهم .  
فإذا قلنا بهذا : ولم يحتمل الثلث إلا عتق واحد . . فعلى قول الشيخ أبي إسحاق في التي قبلها : لا يعتق واحد من الثلاثة . وعلى قول عامة أصحابنا : يعتق سالم ولا يعتق غانم وفائق .

فإذا قلنا بهذا : وأحتمل الثلث عتق اثنين . . عتق سالم ؛ لأن عتقه متقدم ، وأقرع بين غانم وفائق ؛ لأن عتقهما في حالة واحدة .

فرع : [تعلق العتق بمرض الموت على صفة] :

قال أبو العباس : إذا قال الرجل لعبده في مرض موته : إذا تزوجت . . فأنت حر ، فتزوج امرأة بمهر مثلها . . أعتبر المهر من رأس المال ، وعتق العبد من الثلث لوجود الصفة . وإن تزوجها بأكثر من مهر مثلها . . كان قدر مهر مثلها من رأس المال .  
وأما الزيادة على مهر مثلها ، فإن كانت وارثة له . . لم تستحقها ؛ لأن المحاباة وصية ، والوصية لا تصح للوارث . ويعتق العبد من الثلث .  
وإن كانت غير وارثة ، بأن كانت ذمية وهو مسلم ، أو أباها قبل موته ، وقلنا : لا ترثه . . صححت لها المحاباة من الثلث . فإن احتمل الثلث المحاباة وعتق العبد . . نفذ . وإن لم يحتملها الثلث . . قُدمت المحاباة ؛ لأنها سابقة ؛ لأنها تثبت بنفس العقد ، والعتق يقع بعد العقد .

وإن قال لعبده في مرض موته : إذا تزوجت . . فأنت حر حال تزويجي ، ثم تزوج امرأة بمهر مثلها . . أعتبر مهر المثل من رأس المال وعتق العبد من الثلث .

وإن تزوجها بأكثر من مهر مثلها ، فإن كانت وارثة . . لم تستحق الزيادة ، وعتق العبد من الثلث . وإن كانت غير وارثة . . استحققت المحاباة ، فإن احتمل الثلث المحاباة والعتق . . نفذ الجميع . وإن لم يحتملها . . قُسم الثلث بين المحاباة والعتق على قدرهما ؛ لأنهما وقعا في حالة واحدة .



والفرق بين هذه وبين العتق : أنَّ الصفة هاهنا هو التزويج ، والتزويج لا يبطل بانتقاض المحاباة .

فرع : [علق في مرض موته عتق عبده على شراء] :

قال أبو العباس : إذا قال في مرض موته لعبده غانم : إذا أشرتُ سالماً . فأنت حرٌّ في حال شرائي له ، ثمَّ اشتراه وحابى فيه ، ولمَّ يحتمل الثلث المحاباة والعتق . . قسَّم الثلث بين المحاباة والعتق على قدرهما ؛ لأنَّ الشراء يتمُّ في جميع سالم وإنَّ لم يتمَّ لبائعه جميع المحاباة ، فصفة العتق توجد .

وإنَّ قال لغانم في مرض موته : إذا بعثُ سالماً . . فأنت حرٌّ في حال بيعي له ، فباع سالماً وحابى فيه ، ولمَّ يحتملُهما الثلث . . قُدِّمت المحاباة ؛ لأنَّ البيع لا يتمُّ في جميع سالم إلاَّ بأنَّ تحصل جميع المحاباة للمشتري . وإذا لمَّ يتمَّ البيع في جميع سالم . . لمَّ توجد صفة عتق غانم ، وهذا ظاهرُ كلام الشافعي ، وبه قال ابنُ الحَدَّاد .

وقال ابنُ القاصِّ وابنُ اللَّبان : تُقدِّم المحاباة فيهما ؛ لأنَّ الثمنَ يقابلُ جميعَ العبد ، فإذا سقطَ بعضُ الثمن . . بطلَ البيعُ فيما يقابله من العبد ، فلا توجدُ صفةُ العتق ، وقد مضى ذلك في البيوع .

فرع : [وصى بقضاء دينه أو أن يحج عنه من الثلث] :

إذا وصى أن يُقضى دينه أو يُحجَّ عنه حجة الإسلام من الثلث ، وأوصى بتبرعات ولمَّ يحتملها الثلث . . ففيه وجهان :

أحدهما : يُقدِّم الدين أو الحج في الثلث ، فإنَّ فضلَ من الثلث شيءٌ بعد ذلك . . صُرف إلى وصايا التبرعات . وإنَّ لمَّ يفضل شيءٌ . . سقطت الوصايا بالتبرعات ؛ لأنَّ الدين أو الوصية بحجة الإسلام فرض ، والتبرعات تطوُّع ، والفرض أكد ، فُقدِّم .

والوجه الثاني : يُقسِّط الثلث على قدر الدين وقدر الوصية بالتبرع ، أو على قدر أجره المثل وقدر الوصية بالتبرع ، ثمَّ يتمُّ الدين أو أجره المثل من رأس المال ؛ لأنَّ



الدَّيْنِ وَأَجْرَةَ الْمِثْلِ عَلَى حَاجَّةِ الْإِسْلَامِ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ ، فَإِذَا جَعَلَهُمَا مِنَ الثُّلُثِ . . فَقَدْ قَصَدَ الرِّفْقَ بِالْوَرِثَةِ ، فَقَسَّطَ الثُّلُثَ عَلَى الْجَمِيعِ ، وَتَمَّمَ الْوَاجِبَ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ ؛ لِأَنَّهُ لَا بَدَّ مِنْ تَمَامِهِ .

فَعَلَى هَذَا : إِذَا كَانَ عَلَيْهِ أَرْبَعُونَ دِرْهَمًا دَيْنًا ، وَأَوْصَى أَنْ يُقْضَى ذَلِكَ مِنْ ثُلْثِهِ ، وَأَوْصَى لِأَخْرَ ثُلْثِ مَالِهِ ، وَمَاتَ ، وَخَلَّفَ مِئَةً وَعِشْرِينَ دِرْهَمًا ، وَلَمْ يُجْزِ الْوَرِثَةُ . . فَالْعَمَلُ فِيهِ : أَنَّكَ تَعْزِلُ<sup>(١)</sup> أَرْبَعِينَ دِرْهَمًا لِصَاحِبِ الدَّيْنِ ، فَلَهُ مِنْهَا سَهْمٌ وَصِيَّةٌ ، وَالْبَاقِي تَمَامُ دَيْنِهِ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ ، وَيَبْقَى لِلْوَرِثَةِ وَلِلْمَوْصِي لَهُ بِالثُّلْثِ ثَمَانُونَ دِرْهَمًا ، لِلْمَوْصِي لَهُ مِنْهَا سَهْمٌ وَصِيَّةٌ ، وَلِلْوَرِثَةِ أَرْبَعَةُ أَسْهُمٍ مِثْلًا السَّهْمَيْنِ الْمَوْصِي بِهِمَا . فَإِذَا قَسَّمَتِ الثَّمَانِينَ عَلَى الْخَمْسَةِ الْأَسْهُمِ . . أَصَابَ كُلُّ سَهْمٍ سِتَّةَ عَشَرَ ، فَيُعْلَمُ أَنَّ سَهْمَ الْوَصِيَّةِ مِنَ الْأَرْبَعِينَ سِتَّةَ عَشَرَ ، فَتُضْمَمُ إِلَى الثَّمَانِينَ ، فَيَكُونُ الْجَمِيعُ سِتَّةً وَتِسْعِينَ ، ثَلَاثُ ذَلِكَ أَثْنَانِ وَثَلَاثُونَ : لِصَاحِبِ الدَّيْنِ سِتَّةَ عَشَرَ ، وَلِلْمَوْصِي لَهُ سِتَّةَ عَشَرَ ، وَمَا زَادَ عَلَى سِتَّةٍ وَتِسْعِينَ - وَهُوَ : أَرْبَعَةٌ وَعِشْرُونَ - تَمَامُ الدَّيْنِ .

فَإِنْ كَانَتِ الْمَسْأَلَةُ بِحَالِهَا ، وَأَوْصَى لِرَجُلٍ بِثُلْثِ مَالِهِ ، وَعَلَيْهِ دَيْنٌ أَرْبَعُونَ دِرْهَمًا ، وَأَوْصَى أَنْ يُقْضَى ذَلِكَ مِنْ ثُلْثِهِ ، وَأَوْصَى أَنْ يُحَجَّ عَنْهُ حَاجَّةُ الْإِسْلَامِ مِنْ ثُلْثِهِ ، وَلَمْ يَوْجَدْ مَنْ يَحَجُّ عَنْهُ مِنَ الْمِيقَاتِ إِلَّا بِأَرْبَعِينَ ، وَلَمْ يُجْزِ الْوَرِثَةُ مَا زَادَ عَلَى الثُّلْثِ . . فَإِنَّكَ تَعْزِلُ لِصَاحِبِ الدَّيْنِ أَرْبَعِينَ : لَهُ مِنْهَا سَهْمٌ وَصِيَّةٌ ، وَالْبَاقِي تَمَامُ دَيْنِهِ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ . وَتَعْزِلُ لِلْحَجِّ أَرْبَعِينَ : يَخْرُجُ مِنْهَا سَهْمٌ وَصِيَّةٌ ، وَالْبَاقِي تَمَامُ أَجْرَةِ الْمِثْلِ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ . وَيَبْقَى لِلْوَرِثَةِ وَلِلْمَوْصِي لَهُ بِالثُّلْثِ أَرْبَعُونَ : لِلْمَوْصِي لَهُ مِنْهَا سَهْمٌ وَصِيَّةٌ ، وَلِلْوَرِثَةِ سِتَّةُ أَسْهُمٍ مِثْلًا أَسْهُمِ الْوَصِيَّةِ . فَإِذَا قَسَّمَتِ الْأَرْبَعِينَ عَلَى سَبْعَةِ أَسْهُمٍ . . أَصَابَ كُلُّ سَهْمٍ خَمْسَةَ دِرَاهِمٍ وَخَمْسَةَ أَسْبَاعٍ دِرْهَمٍ ، فَيُعْلَمُ أَنَّ السَّهْمَ الْمَوْصِي بِهِ مِنَ الْأَرْبَعِينَ الَّتِي لِلدَّيْنِ مِثْلُ ذَلِكَ ، وَمِنَ الْأَرْبَعِينَ الَّتِي لِلْحَجِّ مِثْلُ ذَلِكَ ، وَمَا زَادَ عَلَى السَّهْمَيْنِ تَمَامٌ لِلدَّيْنِ وَالْأَجْرَةِ . فَإِذَا أَضِفْتَ السَّهْمَيْنِ إِلَى الْأَرْبَعِينَ الَّتِي لِلْمَوْصِي لَهُ وَلِلْوَرِثَةِ . . كَانَ جَمِيعُ ذَلِكَ أَحَدًا وَخَمْسِينَ دِرْهَمًا وَثَلَاثَةَ أَسْبَاعٍ دِرْهَمٍ ، الثُّلُثُ مِنْ ذَلِكَ سَبْعَةَ عَشَرَ

(١) فِي (م) : (تَنْزَع) .

درهماً وسُبُع درهمٍ بينهم أثلاثاً ؛ لتساوي وصاياهم ، فيحصل لكل واحد خمسة دراهم وخمسة أسباع درهم . والثلاثان أربعة وثلاثون درهماً وسُبُعاً درهم ، وما زاد على أحد وخمسين وثلاثة أسباع درهم تمام الدين ، والأجرة بينهما نصفان ؛ لتساوي حقيهما . وإن تفاضلت الحقوق . . كانت القسمة على التفاضل على هذا العمل .

### مسألة : [الوصية بثلاث عين من المال] :

إذا أوصى لرجل بثلاث عين من ماله من دارٍ أو أرضٍ أو عبدٍ ، ثم مات الموصي ، فاستحق ثلثا العين الموصى بها ، أو هلك ثلثاها وبقي ثلثها ، وللموصي مال آخر يخرج ذلك الثلث منه . . استحق الموصى له الثلث الباقي من العين الموصى بها . وبه قال كافة العلماء .

وقال أبو ثور ، وزُفر ، وأبو العباس ابن سريج : لا يستحق الموصى له إلا ثلث ما بقي من العين الموصى بها ، كما لو أوصى له بثلاث ماله فاستحق ثلثاه ، ولأنه لم يوص له بثلاث معين ، وإنما أوصى له بثلاث مشاع ، فإذا استحق ثلثاه ، أو هلك . . فقد هلك ثلثا الوصية .

والمذهب الأول ؛ لأنه أوصى له بملكه الذي يخرج من ثلثه ، فصَحَّ ، كما لو أوصى له بعبدٍ كامل ، فاستحق ثلثاه ، وله مال يخرج الثلث الباقي منه . ولأن الوصية إنما تنصرف إلى ما يملكه من العبد ، كما لو كان عبد بين شريكين نصفين ، فقال أحدهما للآخر : بعثك نصف هذا العبد . . فإنه ينصرف إلى ما يملكه منه .

قال ابن اللبان : وعلى هذين الوجهين الوصية بالنوع الواحد<sup>(١)</sup> ، ممَّا يُقسَمُ كيلاً أو وزناً ، كالحبوب والدراهم والدنانير . أو ممَّا يجمع في القسم من النوع الواحد ، كالإبل والبقر والغنم والعبيد والثياب ، قال : فإن أوصى لرجل بسُدس ماله ، ثم مات وخلف مئة شاة ، أو مئة ثوب مزوية ، فاستحق نصفها أو تلف . . كان للموصى له سدس ما بقي في أحد الوجهين معاً .

(١) في حاشية نسخة : ( صوابه بشيء من النوع الواحد ) .

وإن وصّى له بسدس الغنم ، أو بسدس الثياب ، ثم مات فاستحق نصفها ، أو تلف . . كان له سدس ما بقي في أحد الوجهين ، وله سدس جميع الغنم أو الثياب ، وهو : ثلث الباقي في الثاني .

**مسألة :** [وصّى بثلث ماله ، وهو حاضر وغائب] :

إذا أوصى لرجل بثلث ماله ، فمات وخلف مالا حاضرا ومالا غائبا ، وخلف عينا ودينا . . استحق الموصى له ثلث الحاضر ، وثلث الغائب ، وثلث العين ، وثلث الدين . . واستحق الوارث الثلثين من ذلك . . ويدفع إلى الموصى له ثلث الحاضر وثلث العين . . وكلما حضر من الغائب شيء ، أو نض<sup>(١)</sup> من الدين شيء . . دفع إليه ثلثه ، وإلى الوارث ثلثاه ؛ لأنه شريك للوارث في جميع ذلك .

وإن وصّى له بعبد يساوي مئة درهم ، وخلف مئتين غائبتين ، أو دينا ، ولا يملك غير ذلك . . لم يجب دفع العبد إلى الموصى له ؛ لأنه لا يجوز أن يتنجز للموصى له شيء إلا ويحصل للوارث مثله .

فإن وصل من المئتين شيء ، أو نض من الدين شيء . . دفع إلى الموصى له مثل نصف ما حصل منهما أو نض . . فإن حصل جميع المئتين . . دفع جميع العبد إلى الموصى له فإن طلب الموصى له أن يدفع إليه ثلث العبد ليتصرف فيه قبل أن يحصل شيء من المئتين . . ففيه وجهان :

أحدهما : يجب دفعه إليه ؛ لأنه يستحق ذلك بكل حال .

والثاني : لا يجب دفعه إليه ، وهو المذهب ؛ لأنه لا يتنجز للموصى له شيء إلا ويتنجز للوارث مثله ، وهذا مذهبنا .

وقال مالك : ( الوارث بالخيار : بين أن يسلم العبد إلى الموصى له قبل حضور المئتين ، وبين أن يبطل الوصية في ثلثي العبد وتجعل وصيته في ثلث جميع المال مُشاعاً ) .

(١) نض : تيسر أو حصل أو تعجل ، أو صار نقداً .

دليلنا : أَنَّ الموصيَ قصدَ تخصيصَ الموصى له بملكٍ عينٍ معيّنةٍ مِنْ ماله ، فلمَ يَجُزْ للوارثِ نقلُ ذلكَ إلى غيره ، كما لو كانَ المالُ كُلُّهُ حاضراً .

وإذا ثبتَ هذا : فإنَّ كَسْبَ هذا العبدُ مالاً بعدَ موتِ الموصي ، وبعدَ قبُولِ الموصى له الوصية ، وقبلَ حضورِ المالِ الغائبِ . . كانَ للموصى له ثلثُ كَسْبِهِ ، وللوارثِ الثلثانِ .

فإنَّ لم يحضرِ المالُ الغائبُ . . فلا كلامَ . وإنَّ حضرَ المالُ الغائبُ . . فهلَ يجبُ على الوارثِ ردُّ ما أخذَهُ مِنْ كَسْبِهِ ؟ فيه وجهانِ :

أحدهما : لا يجبُ ؛ لأنَّه أخذَهُ في وقتٍ يجوزُ له أخذُهُ ، فهوَ كالمستأجرِ .

والثاني : يجبُ عليه ردُّهُ ، وهوَ الأصحُّ ؛ لأنَّه بانَ أَنَّهُ لا ملكَ له في العبدِ ذلكَ الوقتَ .

فرعٌ : [له ستون درهماً وأوصى بثلث العين منها] :

إذا كانَ لرجلٍ ثلاثونَ درهماً عيناً ، وثلاثونَ درهماً ديناً على معسرٍ ، فأوصى بثلثِ العينِ لرجلٍ ، وأوصى بالدينِ لِمَنْ عليه وماتَ ، ولمَ يُجزِ الورثةُ . . فإنَّ الثلثَ يُقسَّمُ بينَ الموصى لهما على أربعةِ أسهمٍ ، لِمَنْ عليه الدينُ ثلاثةٌ ، وللآخرِ سهمٌ . ويُسقطُ ممَّنْ عليه الدينُ خمسةَ عشرَ درهماً ، ويُضمُّ سهمُ الموصى له بثلثِ العينِ إلى سهامِ الورثةِ - وهي : ثمانيةٌ ، مثلاً سهامِ الوصيةِ - فتُقسَّمُ الثلاثونُ - التي هي عينٌ - على تسعةٍ ، للموصى له سهمٌ - وهوَ : ثلاثةُ دراهمٍ وثلثُ درهمٍ - وللورثةِ سبعةٌ وعشرونَ درهماً وثلثاً درهمٍ . وكلُّما نَصَّ مِنَ الخمسةِ عشرَ التي بقيتْ على الغريمِ شيءٌ . . كانَ للموصى له بثلثِ العينِ قدرُ تسعِهِ يأخذُهُ مِنَ الثلاثينَ التي كانتْ عيناً - إنَّ كانتْ باقيةً - أو مِنْ بَدَلِهَا - إنَّ كانتْ تالفةً - وللورثةِ ثمانيةٌ أَسَاعِهِ . فإذا نَصَّتِ الخمسةُ عشرَ كُلُّهَا . . كانَ للموصى له بثلثِ العينِ قدرُ تسعِها - وهوَ درهمٌ وثلثا درهمٍ - يأخذُهُ مِنَ العينِ ، أو مِنْ بَدَلِهَا .

فإنَّ أوصى لرجلٍ بثلثِ الدينِ ، ولمَنْ عليه الدينُ بجميعِ ما عليه ، ولمَ يُجزِ



الورثة . . كانت الثلاثون - التي هي عين - للورثة ، ويُقسَّم الثلث على أربعة أسهم : لِمَنْ عَلَيْهِ الدَّيْنُ ثلاثة أسهم - وهو : خمسة عشر درهماً - تسقطُ عَنْ ذِمَّتِهِ ، ويبقى عليه خمسة عشر ، وكلّما نُضِرَّ منها شيءٌ . . أقتسمه الورثة والموصى له بالثلث على ثلاثة أسهم : للورثة سهمان ، وللموصى له سهم .

فإن أوصى لرجل بثلث ماله ، وللغريم بما عليه ، ومات ، ولم يُجزِ الورثة . . قُسِّمَ الثلث على خمسة ، للغريم ثلاثة أخماسه - وهو : اثنا عشر درهماً - فيسقط عنه ، وللموصى له بالثلث سهمان يضمُّهُما إلى سهام الورثة - وهي : عشرة - فيقسَّم الثلاثون - التي هي عين - على اثني عشر : للورثة عشرة ، وللموصى له سهمان ، وكلّما نُضِرَّ مِنَ الثمانية عشر الباقية على الغريم شيءٌ . . قُسِّمَ بين الورثة والموصى له بالثلث على اثني عشر .

**فرع :** [وصى بالثلث ، وترك عشرة عيناً وعشرة ديناً وابناً] :

وإذا كان لرجل عشرة دراهم عيناً ، وعشرة دراهم ديناً على ابنه ، ولا وارث له غيره ، ولا يملك غير ذلك ، وأوصى بثلث ماله لرجل ، ومات الابن معسراً . . فللموصى له ثلثا العشرة العين : ثلثها بالوصية وثلثها قضاء ما له على الابن .  
فإن كان الابن قد حُجِرَ عليه لغرمائه . . ففيه وجهان ، حكاهما ابن اللبان :  
أحدهما : أنَّ الموصى له أحقُّ بثلثي العشرة ، كالأولى .

والثاني : أنَّه يأخذ ثلث العشرة بالوصية ، ويُقسَّم ثلثاها بينه وبين غرماء الابن على قدر ديونهم . فإن كانت الوصية بثلثي العين . . كان للموصى له ثلثا العشرة العين ، وللابن ثلثها ويبرأ ممّا عليه ؛ لأنَّه كالقابض لثلثي المال .

فإن كان محجوراً عليه لغرمائه . . لم يُحاضوا الموصى له في ثلثي العشرة وجهاً واحداً ؛ لأنَّه يأخذ ذلك بحق الوصية .

وإن ترك ابنين ، وعشرة عيناً وعشرة ديناً على أحدهما ، وهو معسر . . أخذ الابن الآخر العشرة العين ، نصفها ميراثاً له ونصفها اقتضاء عن ما له على أخيه .



وإن كان مَنْ عليه الدَّيْنُ محجوراً عليه لدينٍ عليه . . فهل يختصُّ الأخُ بهذه العشرة ، أو يقاسمُ غرماءَ أخيه في نصفِها ؟ على الوجهين .

وإن كان الأبُّ قد وصَّى بثُلثِ ماله لرجلٍ . . قُسمتِ العشرةُ العَيْنُ بينَ الابنِ الذي لا دَيْنَ عليه وبينَ الموصي له نصفين ؛ لأنَّ الابنَ الذي لا دَيْنَ عليه يملكُ ثُلثَها بالإرث ، والموصي له يملكُ ثُلثَها بالوصية ، ومَنْ عليه الدَّيْنُ يملكُ ثُلثَها بالإرث ، ثمَّ الابنُ الذي لا دَيْنَ عليه والموصي له يملكُ كلُّ واحدٍ منهما في ذمَّةِ الابنِ الذي عليه الدَّيْنُ ثلثَ العشرة في ذمَّته ، وقد وَجدا له ثلثُ هذه العشرة وحقَّاهما متساويان ، فأقسما ذلكَ بينهما .

**مسألة :** [اعتبار الثلث فيمن أوصى بمنفعة عبده أو داره] :

إذا أوصى له بمنفعة عبده أو داره على التأييد . . أعتبرَ خروجُ ذلكَ مِنَ الثلثِ . وفي كيفية اعتبار خروجِها مِنَ الثلثِ ثلاثة أوجه :

**أحدها :** تقوُّمُ المنفعة في حقِّ الموصي له ، والرقبةُ مسلوبةُ المنفعة في حقِّ الورثة ؛ لأنَّ الموصي به هو المنفعة ، فأعتبرت قيمتها في حقِّ الموصي له ، والرقبةُ ملكُ الورثة . . فأعتبرت قيمتها في ثلثي التركة .

وكيفية ذلك أن يُقال : كم قيمة هذه الرقبة بمنافعها ؟ فإن قيل : مئة . . قيل : فكَم قيمة الرقبة مسلوبة المنفعة على التأييد ؟ فإن قيل : عشرة . . علمنا أنَّ قيمة المنفعة تسعون ، فتُعتبر مِنَ الثلث ، وعلمنا أنَّ قيمة الرقبة عشرة ، فتضافُ إلى ثلثي التركة .

**والوجه الثاني :** أنَّ المنفعة تقوُّمُ على الموصي له ، ولا تُحتسبُ قيمة الرقبة على الموصي له ؛ لأنَّه لا يملكُها ، ولا على الوارث ؛ لأنَّه لا منفعة له بها .

**والثالث - وهو المنصوص - :** ( أنَّ الرقبة تقوُّمُ بمنافعها في حقِّ الموصي له ؛ لأنَّ المقصودَ بالعبيد والدور هو منفعتها دونَ أعيانها .

وإن وصَّى له بمنفعة عبده أو داره أو أرضه مدَّة معلومة . . فإنَّ الرقبة تقوُّمُ في حقِّ

الورثة لا في حق الموصى له ، وجهاً واحداً ؛ لأنَّ لهم فيها منفعة ، وهو أنَّهم يملكون منفعتها بعد انقضاء المدَّة . وتقوِّمُ المنفعة في حق الموصى له ، وفي كيفية تقويمها في حقَّ وجهان :

أحدهما : تقوِّمُ الرقبة كاملة المنفعة ، ثمَّ تقوِّمُ مسلوبة المنفعة مدَّة الوصية ، ويكون ما بينهما قيمة المنفعة .

والثاني : تقوِّمُ المنفعة مدَّة الوصية ، فتُعتبر من الثلث ، ولا تقوِّمُ الرقبة على الموصى له ؛ لأنها غير موصى بها .

وإنَّ وصَّى بالمنفعة لرجل وبالرقبة لآخر . فإنَّ المنفعة تقوِّمُ في حق الموصى له بها ، والرقبة تقوِّمُ في حق الموصى له بها ، بلا خلاف بين أصحابنا ؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ منهما يستفيد بالوصية ملك ما وصَّى له به .

قال الشيخ أبو حامد : وأتَّفَقَهم في هذه يدلُّ على صحَّة تقويم الرقبة بمنفعتها في حق الموصى له بالمنفعة لا غير .

فرعٌ : [الوصية بثمره البستان] :

وإنَّ وصَّى له بثمره بستانه : فإنَّ كانت موجودة . . قوِّمَتِ الثمرة يوم موت الموصي ، وأُعتبر خروجها من الثلث .

وإنَّ كانت غير موجودة :

فإنَّ كانت على التأبيد . . ففيه وجهان :

أحدهما : يقوِّمُ البستان بكماله في حق الموصى له ؛ لأنَّ المقصود به منفعة .

والثاني : تقوِّمُ المنفعة في حق الموصى له ، والرقبة في حق الورثة ، وهو أنَّ يُقال : كم قيمته كامل المنفعة ؟ فإنَّ قيل مئة . . قيل : كم قيمته مسلوب المنفعة ؟ فإنَّ قيل : عشرة . . علِمَ أنَّ التسعين قيمة المنفعة فتُحتسب من الثلث ، وعلِمَ أنَّ العشرة قيمة الرقبة ، فتُحتسب بها في ثلثي التركة على الورثة .

ويسقط الوجه الثالث في العبد هاهنا ، وهو أنَّ الرقبة لا تقوِّمُ في حق أحدهما ؛ لأنَّ

البستان قد يجف فتبطل الوصية بالمنفعة بثمره ، ويمكن الوارث الانتفاع بأخشابه ، بخلاف الرقبة .

وإن كانت الوصية بمنفعته مدة معلومة . . قومت الرقبة في حق الوارث ، والمنفعة في حق الموصي له وجهاً واحداً . وكل موضع احتمل خروج منفعة جميع البستان من الثلث . . فإن الثمرة تكون للموصي له ، ما دام البستان باقياً ، ورقبة النخل والشجر للوارث ، ولا يلزم أحدهما سقي النخل والشجر ؛ لأن السقي تنتفع به الثمرة والشجرة ، فلا يلزم أحدهما سقي ملك صاحبه ، بخلاف ما لو باع ثمرة بعد بدو صلاحها ، فإن عليه سقيها ؛ لأن عليه تسليمها ، وذلك من تمام تسليمها .

وإن لم يخرج من الثلث إلا بعض المنفعة . . كان للموصي له من ثمرة كل عام قدر ما احتمله المنفعة ، والباقي للورثة اعتباراً بما خرج من الثلث .

**فرع :** [أوصى له بلبن شاة وصوفها] :

إذا أوصى له بلبن شاة وصوفها . . جاز ، كما تجوز الوصية بثمره الشجرة . وإن وصى له بلبنها لا غير . . جاز .

قال ابن الصبّاغ : وينبغي أن يقوم هاهنا الموصي به دون العين ؛ لأنه لم يوص له بجميع منافعها .

**مسألة :** [أعتق في مرضه أمة حاملاً] :

إذا أعتق في مرض موته أمة حاملاً بمملوك له . . فإنها تعتق بالمباشرة ويعتق الحمل بالسراية ، ومتى تقوم الأمة ؟ قال أبو العباس : فيه قولان :

أحدهما : تقوم حاملاً ، ولا يفرد الحمل بالتقويم ؛ لأنه كأعضائها .

فعلى هذا : إن خرجت قيمتها من الثلث . . عتقت وعتق ولدها ، وإن خرج نصفها . . عتق نصفهما<sup>(١)</sup> .

(١) في (م) : (بعضها) .

والثاني : أَنَّ الولدَ يَقَوِّمُ عِنْدَ الْإِنْفِصَالِ ؛ لِأَنَّهُ يُمْكِنُ تَقْوِيمُهُ ، وَتَقَوُّمُ الْأُمِّ حَامِلًا دُونَ حَمْلِهَا ؛ لِأَنَّ قِيَمَتَهَا حَامِلًا أَقَلُّ مِنْ قِيَمَتِهَا حَائِلًا ، وَأَصْلُهَا الْقَوْلَانِ : هَلْ لِلْحَمْلِ حَكْمٌ ، أَمْ لَا ؟

فَعَلَى هَذَا : إِنْ خَرَجَتْ قِيَمَتُهَا مِنَ الثُّلْثِ . . عَتَقَا ، وَإِنْ لَمْ يَخْرُجَا ، وَلَمْ يُجْزِ الْوَرِثَةُ ، فَإِنْ كَانَتْ قِيَمَتُهُمَا سَوَاءً ، بَأَنْ كَانَتْ قِيَمَةُ الْأُمِّ مِئَةً وَقِيَمَةُ الْوَلَدِ مِئَةً وَالثُّلْثُ مِئَةً . . عَتَقَ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نِصْفَهُ . وَإِنْ كَانَتْ قِيَمَةُ الْأُمِّ مِئَةً وَقِيَمَةُ الْوَلَدِ خَمْسِينَ . . عَتَقَ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ثَلَاثًا ؛ لِأَنَّ الْوَلَدَ تَابِعٌ لِلْأُمِّ فَوَجِبَ أَنْ يَعْتَقَ مِنْهُ بِقَدْرِ مَا يَعْتَقُ مِنْهَا .

فَإِنْ قَالَ فِي مَرَضٍ مَوْتِهِ : حَمْلُكَ حُرٌّ وَأَنْتِ حُرَّةٌ ، فَإِنْ خَرَجَا مِنَ الثُّلْثِ . . عَتَقَا . وَإِنْ لَمْ يَخْرُجَا مِنَ الثُّلْثِ . . قَدَّمَ عَتَقَ الْحَمْلَ ؛ لِأَنَّهُ سَابِقٌ . فَإِنْ كَانَ الْحَمْلُ جَمَاعَةً ، وَلَمْ يَخْرُجُوا مِنَ الثُّلْثِ . . أَقْرَعَ بَيْنَهُمْ . وَإِنْ بَقِيَ مِنَ الثُّلْثِ شَيْءٌ بَعْدَ عَتَقِ الْحَمْلِ . . عَتَقَ مِنَ الْأُمِّ بِقَدْرِهِ .

فَإِنْ قَالَ فِي مَرَضٍ مَوْتِهِ : إِذَا أَعْتَقْتُ نِصْفَ حَمْلِكَ . . فَأَنْتِ حُرَّةٌ ؛ ثُمَّ قَالَ فِي مَرَضٍ مَوْتِهِ : نِصْفُ حَمْلِكَ حُرٌّ . . عَتَقَ نِصْفُ حَمْلِهَا بِالْمُبَاشَرَةِ ، وَأَقْتَضَى ذَلِكَ سَرَايَةً إِلَى عَتَقِ نِصْفِ حَمْلِهَا ، وَعَتَقَ الْأُمُّ بِالْصِفَةِ .

فَإِنْ خَرَجَتْ قِيَمَةُ جَمِيعِ الْحَمْلِ وَقِيَمَةُ الْأُمِّ مِنَ الثُّلْثِ . . عَتَقَا . وَإِنْ لَمْ يَخْرُجْ مِنَ الثُّلْثِ غَيْرُ نِصْفِ الْحَمْلِ . . عَتَقَ نِصْفُ الْوَلَدِ ، وَرُقَّ بَاقِيهِ ، وَرَقَّتِ الْأُمُّ .

وَإِنْ بَقِيَ مِنَ الثُّلْثِ شَيْءٌ بَعْدَ عَتَقِ نِصْفِ الْوَلَدِ ، بَأَنْ كَانَتْ قِيَمَةُ الْوَلَدِ مِئَةً ، وَقِيَمَةُ الْأُمِّ خَمْسِينَ ، وَالثُّلْثُ مِئَةً ، فَقَدْ بَقِيَ مِنَ الثُّلْثِ خَمْسُونَ . . فَيَقْرَعُ بَيْنَ نِصْفِ الْوَلَدِ وَالْأُمِّ ؛ لِأَنَّ عَتَقَهُمَا وَقَعَ فِي حَالَةٍ وَاحِدَةٍ . فَإِنْ خَرَجَتْ قِرْعَةُ الْعَتَقِ عَلَى نِصْفِ الْوَلَدِ . . عَتَقَ جَمِيعُهُ ، وَرَقَّتِ الْأُمُّ ؛ لِأَنَّ عَتَقَ الْوَلَدِ لَا يَسْرِي إِلَيْهَا . وَإِنْ خَرَجَتْ قِرْعَةُ الْعَتَقِ عَلَى الْأُمِّ . . لَمْ يُمْكِنْ أَنْ يَصْرَفَ مَا بَقِيَ مِنَ الثُّلْثِ فِي عَتَقِ الْأُمِّ وَحْدَهَا ، وَلَكِنْ يُسَوَّى بَيْنَهَا وَبَيْنَ بَاقِي حَمْلِهَا فِي الْعَتَقِ لِتَسَاوِي قِيَمَتِهِمَا . . فَيَعْتَقُ مِنَ الْأُمِّ نِصْفُهَا بِخَمْسَةِ وَعَشْرِينَ ، وَيَعْتَقُ مِنَ الْوَلَدِ رُبْعَهُ بِخَمْسَةِ وَعَشْرِينَ .

وإنما جعل رבעه تابعاً لنصف الأم وإن كان القياس يقتضي التسوية بين الجزأين ؛ لأنه لا يمكن التسوية بينهما .

وإن كانت قيمة الولد مئة وقيمة الأم مئة والثلث مئة فقد بقي بعد عتق نصف الولد من الثلث خمسون . . فيقرع بين نصف الولد والأم ، فإن خرجت القرعة على نصف الولد . . عتق جميعه ، ورقت الأم . وإن خرجت على الأم . . عتق ثلثها وثلث نصف الحمل لتساويهما في القيمة .

فرع : [أوصى بجارية حبلئ] :

قال ابن اللبّان : فإن أوصى لرجل بجارية حبلئ ، قيمتها يوم مات سيدها مئة ، فقبل الموصى له ، وولدت بعد موت سيدها ولداً قيمته ستون درهماً ، وخلف الموصي مئتي درهم ، فإن قلنا : لا يفرّد الولد بالتقويم . . كانت الجارية ولدها للموصى له ، ولا تزيد التركة بقيمة الولد .

وإن قلنا : يفرّد الولد بعد الانفصال بالتقويم . . زادت التركة بقيمة الولد ، فتصير التركة ثلاث مئة وستين ، الثلث : مئة وعشرون ، وقيمة الجارية ولدها : مئة وستون . فالثلث : ثلاثة أرباع قيمتهما ، فيكون للموصى له ثلاثة أرباع الجارية ، وثلاثة أرباع ولدها . ورُبُعُهما مع المئتين للورثة .

وإن ترك الميئتين وستين درهماً . . كانت التركة أربع مئة وعشرين ، الثلث منها مئة وأربعون ، وقيمة الجارية ولدها : مئة وستون . فالثلث من قيمتهما سبعة أثمانهما ، فيكون للموصى له سبعة أثمانهما .

فرع : [أوصى بحمل جارية] :

وإن وصّى رجل لرجل بحمل جارية مملوك له ، وأوصى لآخر بالجارية ، ومات الموصي ، وقبل الوصيّة ، ثم إن الموصى له بالجارية أعتقها ، ثم ولدت ولداً لأقل من ستة أشهر من وقت إعتاق الجارية . . عتقت الجارية دون ولدها ، موسراً كان المعتق أو



معسراً ؛ لأنَّ الولدَ إنما يتبعُ الأمَّ في العتقِ إذا كانا في ملكِ المعتقِ ، فأما إذا كانت في غيرِ ملكه . . لم يتبعها ، كما إذا باعَ دارَهُ وفي حائطِهِ ساجةٌ مغصوبةٌ أو مستعارةٌ . . فإنَّها لا تدخلُ في البيعِ ، وهذه حرَّةٌ حاملٌ بمملوكٍ ولا نظيرَ لها .

فرعٌ : [قال إذا مت فأنت حرة أو ما في بطنك] :

قال القاضي أبو الطيب : إذا قال رجلٌ لأمةً له حاملٍ بمملوكٍ له : إذا متُّ . . فأنت حرَّةٌ أو ما في بطنك حرٌّ ، ومات ، ثمَّ ولدتُ ولداً يُعلمُ وجودُهُ وقتَ الإعتاقِ . . أقرعَ بينَ الأمِّ والولدِ ، فإنْ خرجتُ قرعةُ العتقِ على الأمِّ وخرجتُ منَ الثلثِ . . عتقتُ وعتقَ ولدها تبعاً لها ، ولا تُحتسبُ قيمةُ الولدِ منَ الثلثِ ؛ لأنَّه يُعتقُ بالشرعِ ، فهو بمنزلةِ التالفِ . وإنْ خرجَ بعضُ الأمِّ منَ الثلثِ . . عتقَ ما خرجَ منها منَ الثلثِ ، وتبعها منَ الولدِ مثلُ الذي عتقَ منها .

وإنْ خرجتُ قرعةُ العتقِ على الولدِ ، وخرجَ منَ الثلثِ . . عتقَ الولدُ ورقتِ الأمُّ . وإنْ خرجَ بعضُهُ . . عتقَ منه ما خرجَ منَ الثلثِ ، ورقَّ باقيه ورقتِ الأمُّ ؛ لأنَّ الأمَّ لا تتبعُ الولدَ في العتقِ .

ويقوِّمُ الولدُ وقتَ الانفصالِ ؛ لأنَّه أوَّلُ وقتٍ يمكنُ تقويمُهُ فيه ، وتقوِّمُ الجاريةُ وقتَ موتِ الموصي ؛ لأنَّه يمكنُ تقويمُها وهي حالةٌ أَسْتَحَقُّها للعتقِ .

قال القاضي أبو الطيب : وإنْ كانَ له أمتانِ حاملانِ بمملوكين له ، فقالَ لهما : إذا متُّ . . فأنتما حرَّتَانِ ، أو ما في بطنكما حرَّانِ ، ومات ، ثمَّ ولدتُ كلُّ واحدةٍ منهما ولداً لوقتِ يُعلمُ وجودُهُ وقتَ الإعتاقِ . . أقرعَ بينَ الأمتينِ والولدينِ ، فإنْ خرجتُ قرعةُ العتقِ على الأمتينِ ، وخرجتا منَ الثلثِ . . عتقا منَ الثلثِ ، وعتقَ ولداهما تبعاً لهما من غيرِ الثلثِ ؛ لأنَّهما تالفانِ من طريقِ الشرعِ . وإنْ لم تخرجِ الأمتانِ منَ الثلثِ . . أُعيدتِ القرعةُ بينهما ، فأيتُّهما خرجتُ عليها قرعةُ العتقِ . . عتقتُ وعتقَ ولدها ، ورقتِ الأخرى وولدها .

وإنْ خرجتُ إحداهما منَ الثلثِ ، وبعضُ الأخرى . . عتقتُ منْ خرجتُ عليها قرعةُ العتقِ ، وعتقَ ولدها ، وعتقَ منَ الأخرى تمامَ الثلثِ ، وعتقَ منْ ولدها قدرُ ما عتقَ منها ، ورقَّ باقيها .

وإن خرجت قرعة العتق على الولدين ، فإن خرجا من الثلث . . عتقا ورقت الأمتان . وإن لم يحتملها الثلث . . أعيدت القرعة بين الولدين ، فمن خرجت عليه قرعة العتق . . عتق جميعه ورق الآخر والأمتان . وإن احتمل الثلث أحدهما وبعض الآخر . . أقرع بينهما ، فمن خرجت عليه قرعة العتق . . عتق جميعه ، وعتق من الآخر تمام الثلث ، ورق باقيه والأمتان .

**فرع :** [أعتق في مرض موته عبداً قيمته مئة وله مئتان غائبتان] :

قال ابن اللبان : إذا أعتق في مرض موته عبداً قيمته مئة درهم ، وله مئتا درهم غائبان أو دين ، ولا مال له غير ذلك . . عتق ثلثه في الحال ، وسلم ثلثاه إلى الورثة ؛ لأنه لا يتنجز للموصى له شيء إلا ويحصل للورثة مثله .

ولا يملك الورثة بيعه ؛ لأن تنجز عتق باقيه موقوف على قضاء الدين أو حصول المال الغائب ، والبيع لا يجوز وقفه .

فإن كسب العبد ما لا قبل اقتضاء الدين . . كان للعبد ثلث كسبه ، وللورثة ثلثاه . فإذا نضّ جميع الدين . . نفذ عتق جميعه ؛ لأنه حصل للورثة مثلاً قيمته .

وهل يرجع العبد على الورثة بما أخذوا من كسبه وأجرة ما خدّمهم ؟ فيه وجهان :

أحدهما : لا يرجع عليهم ؛ لأنهم أخذوه في حالة أباح لهم الشرع أخذه .

والثاني - وهو المنصوص عليه - : ( أنه يرجع عليهم ) ؛ لأنه بان أنه كان حراً ذلك

الوقت .

ولا يرجع الورثة عليه بما أنفقوه على ثلثيه وجهاً واحداً ؛ لأنهم أنفقوه عليه لحظهم واختيارهم ، إذ لو شأوا . . لأجازوا عتقه .

وإن مات للعبد من يرثه قبل أن ينضّ الدين . . فهل يوقف ميراثه ؟ فيه وجهان :

أحدهما : يوقف ميراثه منه ؛ لأنه لا يؤمن أن يكون حراً ، والظاهر من الدين أنه

يقضى ، وإن أعسر الغريم أو تلف المال الغائب . . ردّ الموقوف على ورثة مناسبت العبد المعتق .

والثاني : أَنَّهُ لَا يُوقَفُ ، بَلْ يُدْفَعُ ذَلِكَ إِلَى وَرَثَةِ مُنَاسِبِ الْعَبْدِ ؛ لِأَنَّا لَا نَتَيَقَّنُهُ وَارثاً  
فَلَا نَمْنَعُ الْوَرَثَةَ مِيرَاثَهُمْ لَجَوَازِ أَنْ يَنْضَرَ الدَّيْنُ ، كَمَا لَمْ يُمْنَعْ وَرَثَةُ الْمُعْتَقِ مِنْ أَسْتِخْدَامِ  
ثَلَاثِي الْعَبْدِ الْمُعْتَقِ .

فَإِنْ مَاتَ الْعَبْدُ الْمُعْتَقُ قَبْلَ أَنْ يَنْضَرَ الدَّيْنُ أَوْ يَحْصَلَ الْمَالُ الْغَائِبُ . . كَانَ لَوَرَثَةِ  
الْعَبْدِ ثَلَاثُ كَسْبِهِ وَلَوَرَثَةِ سَيِّدِهِ ثَلَاثُ عَلَى الْقَوْلِ الْجَدِيدِ ، وَعَلَى الْقَدِيمِ : يَكُونُ جَمِيعُ  
كَسْبِهِ لَوَرَثَةِ سَيِّدِهِ .

وَإِنْ نَضَرَ الدَّيْنُ أَوْ حَضَرَ الْغَائِبُ بَعْدَ مَوْتِ الْعَبْدِ . . رَدَّ وَرَثَةُ السَيِّدِ عَلَى وَرَثَةِ الْعَبْدِ  
الْمُعْتَقِ مَا أَخَذُوهُ مِنْ كَسْبِهِ فِي أَصْحَ الْوَجْهَيْنِ .

وَإِنْ مَاتَ بَعْدَ مَوْتِ الْعَبْدِ ابْنُ لِلْعَبْدِ مِنْ حُرَّةٍ مُعْتَقَةٍ لِقَوْمٍ ، وَتَرَكَ مَوْلَى أُمِّهِ وَمَوْلَى  
أَبِيهِ . . أُعْطِيَ مَوْلَى الْأَبِ مِنْ مَالِهِ قَدْرَ مَا حُكِمَ بَعْتَقِهِ مِنَ الْعَبْدِ بِجُزْءِ الْوَلَاءِ ، وَبَاقِي مَالِ  
ابْنِ الْعَبْدِ لِمَوْلَى أُمِّهِ .

فَإِنْ نَضَرَ الدَّيْنُ أَوْ حَضَرَ الْغَائِبُ بَعْدَ ذَلِكَ . . تَبَيَّنَا أَنَّ الْأَبَ قَدْ كَانَ مَاتَ حُرّاً ، وَأَنَّهُ  
حُرٌّ وَلَاءِ وَلَدِهِ مِنْ مَوْلَى أُمِّهِ إِلَى مَوْلَى أَبِيهِ ، فَيَرُدُّ وَرَثَةُ السَيِّدِ مَا أَخَذُوا مِنْ كَسْبِ الْعَبْدِ  
عَلَى وَرَثَةِ الْعَبْدِ الْمُعْتَقِ فِي أَصْحَ الْوَجْهَيْنِ ، وَيَرُدُّ مَوْلَى أُمِّ ابْنِ الْعَبْدِ مَا أَخَذَ مِنْ مَالِ  
الْإِبْنِ عَلَى مَوْلَى الْعَبْدِ .

وَلَوْ سَلَّمَ لَوَرَثَةِ الْمُعْتَقِ مِنَ الْمُتَيْنِ مِئَةً ، وَثَوَى<sup>(١)</sup> الْبَاقِي أَوْ تَلَفَ . . تَبَيَّنَا أَنَّهُ كَانَ عَتَقَ  
ثَلَاثًا الْعَبْدَ ، وَرُقَّ ثَلَاثُهُ وَحُرُّ ثَلَاثِي وَلَاءِ<sup>(٢)</sup> وَلَدِهِ ، فَيَرُدُّ وَرَثَةُ السَيِّدِ عَلَى الْإِبْنِ مَا أَخَذُوا مِنْ  
كَسْبِ أَبِيهِ تَمَامَ الثَّلَاثِينَ فِي أَصْحَ الْوَجْهَيْنِ ، فَيُضَافُ إِلَى مَا خَلَفَهُ الْإِبْنُ ، وَيُجْعَلُ ثَلَاثُ  
لِمَوْلَى أَبِيهِ ، وَثَلَاثُ لِمَوْلَى أُمِّهِ ، وَيُحْتَسَبُ عَلَى مَوْلَى الْأُمِّ بِمَا أَخَذَهُ مِنْ مِيرَاثِ الْإِبْنِ .  
وَإِنْ أَنْكَرَ الْغَرِيمُ الدَّيْنَ ، وَلَا بَيِّنَةً ، وَنَكَلَ عَنِ الْيَمِينِ ، وَلَمْ يَحْلِفْ وَرَثَةُ السَيِّدِ . . فَهَلْ  
يَحْلِفُ الْعَبْدُ ؟ فِيهِ قَوْلَانِ :

أَحَدُهُمَا : لَا يَحْلِفُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَسْتَحِقُّ مَا يَحْلِفُ عَلَيْهِ .

(١) ثَوَى : هَلَكَ ، وَفِي ( م ) : ( وَرَثُوا ) .

(٢) حُرٌّ : خَالِصٌ ، الْوَلَاءُ : أَحَدُ أَسْبَابِ الْمِيرَاثِ وَيَرِثُ تَعْصِيَةً .

والثاني : يحلف ؛ لأنه يستحق العتق بثبوت المال الذي يحلف عليه .

وإن دفع الغريم الدين إلى الوارث ، فقال الوارث : لا دين لمورثي عليك ، فإن كان المعتق قد ادعى الدين . . عتق العبد ولم يقبل إقرار الوارث أنه لا دين للمعتق ؛ لأن المعتق قد ادعاه وصدقه الغريم ، وفي تكذيب الورثة إبطال لحق العبد من العتق ، فلم يقبل .

وهكذا : لو صدق العبد الورثة أنه لا دين للمعتق . . لم يحكم ببطلان العتق ؛ لأن العتق حق لله تعالى ، فلا يقبل قوله فيما يسقطه .

وإن كان المعتق لم يدع الدين . . لم يقبل إقرار الغريم - سواء ادعاه العبد أو لم يدعه - إذا لم يدعه الوارث ؛ لأن في ذلك إثبات المال لمن يدعيه وإبطالا لحق الورثة من رق العبد .

وإن ادعى الورثة ديناً للميت على رجل ، فأنكر وحلف ، ثم أقر المدعى عليه بعد ذلك بالدين ، وكذبه الورثة بإقراره . . لم يقبل تكذيبهم ، سواء صدقهم العبد على التكذيب أو كذبهم ؛ لأن إقرارهم قد سبق بأنه مال للميت ، ولزمهم بذلك حق العتق ، فلم يقبل إقرارهم بعد ذلك بما يسقطه .

فرع : [أعتق عبداً لا مال له غيره] :

إذا أعتق في مرض موته عبداً لا مال له غيره ، وعليه دين يستغرق قيمته ، وطالبه الغرماء به . . بطل العتق ، وقيل للورثة : إن شئتم أن تقضوا الدين من مالكم وتملكوا العبد . . كنتم أحق به . وإن لم يختاروا ذلك ، وطلب الغرماء أن يأخذوا العبد بقيمته عن دينهم . . قال ابن اللبان : كانوا أحق بشرائه من الأجنيبي ؛ لأنه أحظ للميت ؛ لأنه يبرأ من الدين يقيناً ، ويأمن عهدة الثمن .

فلو كسب العبد مالاً بعد موت سيده . . كان ملكاً لورثة السيد على قول الشافعي ، وعلى قول الإصطخري : يقضى من كسبه الدين . ولو أبرأ الغرماء الميت من الدين . . عتق ثلث العبد ، ورق ثلثاه .

مسألة : [نكاح الرجل في مرض الموت] :

إذا نكح الرجل في مرض موته . . صحَّ النكاحُ وورثته .

وأما الصَّدَاقُ : فإنَّ أَصَدَقَهَا مَهْرٌ مِثْلُهَا . . أَسْتَحَقَّتْ ذَلِكَ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ .

وإنَّ أَصَدَقَهَا أَكْثَرَ مِنْ مَهْرٍ مِثْلُهَا : فإنَّ وَرَثَتَهُ . . كَانَ مَا زَادَ عَلَى مَهْرٍ مِثْلُهَا وَصِيَّةً لَوَارِثٍ عَلَى مَا مَضَى . وَإِنْ لَمْ تَرِثْهُ ، بَأَنَّ كَانَتْ ذَمِّيَّةً أَوْ مَمْلُوكَةً ، أَوْ قَتَلَتْهُ ، أَوْ مَاتَتْ قَبْلَهُ ، أَوْ أَبَانَهَا ، وَقُلْنَا : لَا تَرِثْهُ . . كَانَ مَا زَادَ عَلَى مَهْرٍ مِثْلُهَا وَصِيَّةً تُعْتَبَرُ مِنَ الثَّلَاثِ . وَبِهِ قَالَ الشَّعْبِيُّ ، وَالنَّخَعِيُّ ، وَالْأَوْزَاعِيُّ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ وَأَصْحَابُهُ ، وَأَحْمَدُ ، وَإِسْحَاقُ .

وقال مالك : ( لا يصحُّ نكاحُهُ ) .

وقال الزهري : يصحُّ نكاحُهُ ولا تَرِثُهُ الزَّوْجَةُ .

وقال ربيعة : يصحُّ ، ولكنَّ تَسْتَحِقُّ الْمَهْرَ فِي الثَّلَاثِ وَإِنْ لَمْ يَزِدْ عَلَى مَهْرٍ مِثْلُهَا .

دليلنا على مالك : قوله تعالى : ﴿ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبْعَ ﴾

[النساء : ٣] .

وقال ﷺ : « مَنْ أَحَبَّ فِطْرَتِي . . فَلَيْسَتْ بِسُنَّتِي ، وَمِنْ سُنَّتِي : النِّكَاحُ » <sup>(١)</sup> .

(١) أخرجه من طريق إبراهيم بن ميسرة عن عبيد بن سعد عبد الرزاق في « المصنف » ( ١٠٣٧٨ ) وأبو يعلى في « المسند » ( ٢٧٤٨ ) ، وسعيد بن منصور في « السنن » ( ٤٨٦ ) و ( ٤٨٧ ) ، والبيهقي في « السنن الكبرى » ( ٧٨ / ٧ ) في النكاح ، قال الهيثمي في « المجمع » ( ٢٥٥ / ٤ ) : رواه أبو يعلى ورجاله ثقات إن كان عبيد بن سعد صحابياً ، وإلا فهو مرسل . وفي الباب أيضاً :

عن أنس رواه البخاري ( ٥٠٦٣ ) ، ومسلم ( ١٤٠١ ) في النكاح وفيه : « أما والله إني لأخشاكم لله وأتقاكم له . . . وأتزوج النساء فمن رغب عن سنتي . . فليس مني » .

وعن أيوب عند عبد الرزاق في « المصنف » ( ١٠٣٧٩ ) : « من استن بسنتي . . فهو مني ، ومن سنتي : النكاح » .

وعن أبي ذر عند عبد الرزاق مطولاً في « المصنف » ( ١٠٣٨٧ ) وفيه : « إن من سنتنا النكاح . . . » .



ولم يُفرّق بين الصحيح والمريض .

وروي عن معاذ : أنّه مرض ، فقال : ( زوّجوني ، زوّجوني ، لا ألقى الله عزّباً ) .

وقال ابن مسعود : ( لو لم يبق من عمري إلا عشرة أيّام لا أحب أن أكون بغير زوجة )<sup>(١)</sup> .

وروي : ( أنّ الزبير دخل على قدامة بن مظعون يعودُهُ وهو مريض ، فبشّر الزبير بنت وهو عنده ، فقال له قدامة : زوّجنيها ، فقال له الزبير : ما تصنع بها وأنت على هذه الحالة ؟! فقال قدامة : إن عشت . فابنة الزبير ، وإن مت . فهي أحق من ورثتي ) ولا يُعرف لهم مخالف .

ودلّلنا على الزهري : أنّه معني يورث به ، فأستوى فيه الصحيح والمريض ، كالإقرار بالنسب .

ودلّلنا على ربيعة : أنّه عقد معاوضة ، فأعتبر عوض المثل فيه من رأس المال ، كالأبتياح .

إذا ثبت هذا : فإن تزوّج مسلم ذميّة في مرض موته بأكثر من مهر مثلها ، فأسلمت قبل موته . . صارت وارثة له ، وكان ما زاد على مهر مثلها وصيّة لوارث ؛ لأن الاعتبار عند الموت لا عند العقد .

وإن تزوّج حرّ أمة لغير وارثه بأكثر من مهر مثلها في مرض موته ، فأعتقت قبل

= وعن أبي نجیح عند عبد الرزاق في « المصنف » ( ١٠٣٧٦ ) : « من كان موسراً لأن ينكح ثم لم ينكح . . فليس مني » .

ورواه عن سعيد بن المسيب عبد الرزاق في « المصنف » ( ١٠٣٧٤ ) أن نفرأ من أصحاب النبي ﷺ فيهم علي وعبد الله بن عمرو لما تبتلوا . . وفيه : « وأتزوج النساء فمن رغب عن سنتي . . فليس مني » .

وعن أبي هريرة رواه البيهقي في « السنن الكبرى » ( ٧٨/٧ ) في النكاح بلفظه .

(١) أخرجه عن ابن مسعود عبد الرزاق في « المصنف » ( ١٠٣٨٢ ) في النكاح ، وابن حزم في « المحلى » ( ٢٥/١٠ ) ، وذكره الهندي في « كنز العمال » ( ٤٥٦١٠ ) أيضاً .

موتِهِ . . وَرِثَتُهُ ، وَكَانَ مَا زَادَ عَلَى مَهْرٍ مِثْلِهَا وَصِيَّةٌ تَلْزِمُ مِنَ الثُّلْثِ لِمَوْلَاهَا ، وَلَا يَجْتَمِعُ الْمِيرَاثُ وَالْوَصِيَّةُ لِشَخْصٍ .

فِرْعُ : [أَعْتَقَ فِي مَرَضِهِ الْمُخَوَّفَ أَمَةً] :

إِذَا أَعْتَقَ فِي مَرَضٍ مَوْتَهُ الْمُخَوَّفَ أَمَةً لَهُ ، وَلَهُ مَالٌ تَخْرُجُ مِنْ ثُلْثِهِ . . فَهَلْ يَصَحُّ لَوْلِيِّهَا الْحَرُّ أَنْ يَزَوِّجَهَا بِإِذْنِهَا قَبْلَ مَوْتِ السَّيِّدِ مِنْ مَرَضِهِ ذَلِكَ ، أَوْ بُرْئِهِ مِنْهُ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ :

[أَحَدُهُمَا] : قَالَ أَبُو الْعَبَّاسِ ابْنُ سَرِيحٍ ، وَأَكْثَرُ أَصْحَابِنَا : يَصَحُّ نِكَاحُهَا ؛ لِأَنَّ فِي مَلِكِ الْمَرِيضِ مَالًا تَخْرُجُ الْجَارِيَةُ مِنْ ثُلْثِهِ وَالظَّاهِرُ بَقَاؤُهُ ، فَنفَذَ عِتْقُهَا فِي الْحَالِ ، وَصَحَّ تَصَرُّفُهَا فِي بُضْعِهَا ، كَمَا لَوْ مَاتَ السَّيِّدُ وَهِيَ تَخْرُجُ مِنْ ثُلْثِهِ وَلَمْ يَظْهَرْ عَلَيْهِ دَيْنٌ . . فَإِنَّ لَهَا أَنْ تَتَصَرَّفَ فِي بُضْعِهَا .

و[الثاني] : قَالَ ابْنُ الْحَدَّادِ ، وَأَبْنُ اللَّبَّانِ ، وَالْقَاضِي أَبُو الطَّيِّبِ : لَا يَصَحُّ نِكَاحُهَا ؛ لِأَنَّ عِتْقَهَا مَوْقُوفٌ عَلَى مَا تَبَيَّنَ فِي ثَانِي الْحَالِ .

فَإِنْ بَرِيَ الْمَرِيضُ مِنْ مَرَضِهِ ، أَوْ مَاتَ ، وَخَرَجَتْ مِنْ ثُلْثِهِ . . نفَذَ عِتْقُهَا . وَإِنْ لَمْ تَخْرُجْ مِنْ ثُلْثِهِ وَلَمْ يُجْزِ الْوَرِثَةُ . . لَمْ يَنْفَذِ الْعِتْقُ فِي جَمِيعِهَا . وَرَبَّمَا ظَهَرَ عَلَيْهِ دَيْنٌ يَسْتَغْرِقُ جَمِيعَ التَّرَكَةِ ، فَلَا يَنْفَذُ الْعِتْقُ فِي شَيْءٍ مِنْهَا .

وَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ . . لَمْ يَصَحَّ عَقْدُ النِّكَاحِ عَلَى أَمْرَةٍ مُشْكُوكٍ فِي حُرِّيَّتِهَا ، كَمَا لَوْ أَسْلَمَ وَثْنِيٌّ وَتَخَلَّفَتْ أَمْرَاتُهُ فِي الشَّرْكِ . . لَمْ يَجْزُ لَهُ أَنْ يَعْقِدَ النِّكَاحَ عَلَى أُخْتِهَا قَبْلَ أَنْقِضَاءِ عِدَّتِهَا .

قَالَ الْقَاضِي أَبُو الطَّيِّبِ وَأَبْنُ اللَّبَّانِ : وَعَلَى هَذَا لَوْ شَهِدَتْ . . لَمْ تُقْبَلْ شَهَادَتُهَا ، وَلَوْ جَنَتْ أَوْ جُنِيَ عَلَيْهَا . . لَوَقَفَ ذَلِكَ ، وَإِنْ قَذَفَتْ غَيْرَهَا . . لَمْ تَحْدَ حَدَّ حُرَّةٍ ، وَإِنْ قَذَفَهَا قَازِفٌ . . لَمْ يَحْدَ حَدَّ الْقَذْفِ ، وَإِنْ مَاتَ لَهَا مَنْ تَرْتُهُ . . وَقَفَ مِيرَاثُهَا مِنْهُ عَلَى مَا نَتَبَيَّنُ مِنْ أَمْرِ الْمَعْتِقِ . قَالَا : وَكَذَلِكَ لَوْ وَهَبَ فِي مَرَضِهِ الْمُخَوَّفَ لغيرِهِ جَارِيَةً تَخْرُجُ مِنْ ثُلْثِهِ ، وَقَبَضَهَا الْمُوْهُوبُ لَهُ . . لَمْ يَجْزُ لَهُ وَطْؤُهَا قَبْلَ مَوْتِ الْوَاهِبِ أَوْ بُرْئِهِ مِنْ مَرَضِهِ ؛ لِأَنَّ هَبَّتَهَا مَوْقُوفَةٌ عَلَى مَا تَبَيَّنَ مِنْ حَالِهِ ، فَلَا يُبَاحُ لَهُ وَطْءُ أَمْرَةٍ يَشْكُ فِي مَلِكِهَا .

فرع : [أعتق أمته في مرضه المخوف وتزوجها قبل برئه] :

وإن أعتق في مرضه المخوف أمة له تخرج من ثلثه ، فتزوجها قبل برئه من مرضه :  
قال القاضي أبو الطيب : فعلى قول ابن الحداد في المسألة قبلها لا يصح نكاحه  
لها . وبه قال ابن اللبان ؛ لما ذكرناه في التي قبلها .

وقال أبو العباس ابن سريج ، والشيخ أبو حامد ، وعامة أصحابنا : يصح النكاح .  
وقد حكاه القاضي أبو الطيب في « شرح المولدات » في موضع آخر عن ابن الحداد :  
أنه يصح .

فإذا قلنا بهذا - وهو المشهور - ومات . . فإنها لا ترثه ؛ لأن إثبات ميراثها يؤدي إلى  
نفيه ؛ لأن عتقها في مرض الموت وصية لها ، والوصية لا تصح للوارث ، فلو ورثناها  
منه . . لبطل عتقها ، وإذا بطل عتقها . . بطل ميراثها ، وما أدى إثباته إلى نفيه . . بطل  
إثباته .

قال الشيخ أبو حامد : وليس على مذهب الشافعي حرّة مسلمة لا ترث زوجها إلا  
هذه .

فعلى هذا : إذا تزوجها بمهر مثلها ولا ينقص مهرها ثلثه . . استحققت ذلك . وإن  
تزوجها على أكثر من مهر مثلها ، والزيادة تخرج من ثلثه . . استحققت ذلك كله ؛ لأنها  
ليست بوارثة له .

وإن كان مهرها ينقص ثلثه ، بأن كانت قيمتها مئة درهم ، وله مئتا درهم عين<sup>(١)</sup> ،  
فتزوجها على مئتين أو بعضهما . . لم تستحق مهراً ؛ لأنها لو استحققت ذلك . . لم  
يحصل للورثة مثلاً قيمتها ، فيرق بعضُها ، وإذا رُق بعضُها . . بطل نكاحها ، وإذا بطل  
النكاح . . بطل المهر ، وما أدى إثباته إلى نفيه بطل إثباته . وهذه حرّة سليمة لا تستحق  
مهرها ولا نظير لها .

(١) عين : نقد .

فَإِنْ أَعْتَقَ الْمَرِيضُ أُمَّةً قِيمَتُهَا مِثْلُ مَا لَهُ غَيْرُهَا ، وَتَزَوَّجَهَا فِي مَرَضِهِ ، وَمَاتَ :  
فَإِنْ قُلْنَا بِقَوْلِ الْقَاضِي أَبِي الطَّيِّبِ ، وَأَبْنِ اللَّبَّانِ . . فَاَلنِّكَاحُ بَاطِلٌ .

وَإِنْ قُلْنَا بِقَوْلِ أَبِي الْعَبَّاسِ ، وَعَامَّةِ أَصْحَابِنَا : فَإِنْ أَجَازَ الْوَرِثَةُ الْعِتْقَ بَعْدَ الْمَوْتِ ،  
فَإِنْ قُلْنَا : الْإِجَازَةُ تَنْفِذُ لِمَا فَعَلَهُ الْمُوصِي . . حُكْمَ بَصَحَةِ النِّكَاحِ ، وَعَلَيْهَا عِدَّةُ  
الْوَفَاةِ ، وَلَا مَهْرَ لَهَا سِوَاءٍ دَخَلَ بِهَا أَوْ لَمْ يَدْخُلْ ؛ لِأَنَّ إِثْبَاتَهُ يُؤَدِّي إِلَى إِسْقَاطِهِ عَلَى  
مَا مَضَى . وَإِنْ قُلْنَا : إِنَّ الْإِجَازَةَ أَبْتَدَأَ عِتْقُ مِنَ الْوَرِثَةِ ، أَوْ لَمْ يُجِزُوا . . كَانَ النِّكَاحُ  
بَاطِلًا . فَإِنْ كَانَ السَّيِّدُ لَمْ يَطَّأَهَا قَبْلَ مَوْتِهِ . . فَلَا كَلَامَ . وَإِنْ كَانَ قَدْ وَطَّأَهَا بَعْدَ الْعِتْقِ ،  
وَمَهْرٌ مِثْلُهَا خَمْسُونَ . . كَانَ لَهَا مِنْ مَهْرٍ مِثْلُهَا بِقَدْرِ مَا فِيهَا مِنَ الْحَرِّيَّةِ . فَإِنْ أَبْرَأَتْ  
مِنْهُ . . عَتَقَ ثُلُثُهَا ، وَرُقَّ ثُلَاثُهَا . وَإِنْ لَمْ تُبْرِءْ مِنْهُ . . دَخَلَهَا الدَّوْرُ ، فَنَقُولُ :

يَعْتَقُ مِنَ الْأُمَّةِ شَيْءٌ مِنَ الثُّلْثِ ، وَلَهَا مِنْ مَهْرٍ مِثْلُهَا نِصْفُ شَيْءٍ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ ،  
فَبَقِيَ فِي يَدِ الْوَرِثَةِ جَارِيَةٌ قِيمَتُهَا مِثْلُ مَا لِأَشْيَاءٍ وَنِصْفُ شَيْءٍ يَعْدِلُ مِثْلِي الشَّيْءِ الْخَارِجِ  
بِالْوَصِيَّةِ ، وَذَلِكَ شَيْئَانِ ، فَإِذَا جَبَزَتِ الْمِثْلُ بِالشَّيْءِ وَالنِّصْفِ ، وَزِدْتَ ذَلِكَ عَلَى الشَّيْئَيْنِ  
الْمُعَادِلَيْنِ . . عَدَلَتْ الْمَحْنَةُ إِلَى ثَلَاثَةِ أَشْيَاءٍ وَنِصْفٍ ، فَالشَّيْءُ الْوَاحِدُ سُبْعَا الْجَارِيَةِ ،  
فَيُعْتَقُ مِنْهَا سُبْعَاهَا ، وَتَسْتَحِقُّ سُبْعِي مَهْرَهَا ، وَهُوَ مِثْلُ سُبْعِ رَقَبَتِهَا ، فَيَقَالُ لِلْوَرِثَةِ :  
إِنْ أَخْتَرْتُمْ أَنْ تَبِيعُوا سُبْعَ رَقَبَتِهَا ، وَتُسَلِّمُوا ثَمَنَهُ إِلَيْهَا . . بَقِيَ مَعَكُمْ أَرْبَعَةُ أَسْبَاعِ  
رَقَبَتِهَا ، وَذَلِكَ مِثْلًا مَا عَتَقَ مِنْهَا .

وَإِنْ أَخْتَرْتُمْ أَنْ تُعْطَوْهَا سُبْعِي مَهْرَهَا مِنْ خَاصِّ أَمْوَالِكُمْ . . مَلَكَتُمْ خَمْسَةَ أَسْبَاعِهَا .  
وَإِنْ أَخْتَارَتِ الْأُمَّةُ أَنْ تَأْخُذَ سُبْعَ رَقَبَتِهَا بِمَهْرِهَا :

قَالَ أَبُو اللَّبَّانِ : كَانَتْ أَحَقَّ بِهِ مِنَ الْأَجْنَبِيِّ . هَذَا هُوَ الْمَذْهَبُ .

وَفِيهَا وَجْهَانِ آخِرَانِ ، خَرَّجَهُمَا أَبُو الْعَبَّاسِ :

أَحَدُهُمَا : أَنَّ الَّذِي غَرِمَهُ السَّيِّدُ مِنْ مَهْرِهَا يَكُونُ مِنَ الثُّلْثِ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ خَرَجَ مِنْهُ  
بِسَبَبِ عِتْقِهِ ، وَلَا يَخْرُجُ مِنْهُ بِالْعِتْقِ وَسَبَبُهُ أَكْثَرُ مِنَ الثُّلْثِ .

وَعَلَى هَذَا نَقُولُ : عَتَقَ مِنْهَا شَيْءٌ ، وَلَهَا مِنْ مَهْرِهَا نِصْفُ شَيْءٍ ، وَبَقِيَ فِي يَدِ  
الْوَرِثَةِ جَارِيَةٌ قِيمَتُهَا مِثْلُ مَا لِأَشْيَاءٍ وَنِصْفُ شَيْءٍ يَعْدِلُ ثَلَاثَةَ أَشْيَاءٍ ، فَإِذَا جَبَزَتْ . . عَدَلَتْ



المئة أربعة أشياء ونصفاً ، فالشيء تسعا الجارية فيعتق تسعاها ، ولها تسعا مهرها ، وهو مثل تسع رقبتها ، فيباع في المهر ويسلم إليها ، ويبقى مع الورثة ثلثاها .

والوجه الثاني : يجعل مهرها هدرأ ، كما لو وطئها السيد ثم أعتقها .

فعلى هذا : يعتق ثلثها ويرق ثلثاها ، فإن أحبلها السيد . ففيه وجهان :

أحدهما : تعتق بموته بالإحبال لا بالإعتاق ؛ لأن الميت لا ثلث له .

والثاني : تعتق من حين أعتقها ؛ لأنها لم تبق على ملك الميت حتى تجري فيها المورايت والوصية ، وصار عتق الميت غير مانع للورثة من أن يرثوها . فتكون كعتق الصحيح ، ويجب لها المهر في ذمته .

قال ابن اللبان : والأول أشبه بمذهب الشافعي .

فإن ترك السيد معها مئة درهم . فإنك تقول : عتق منها شيء بالوصية ، ولها نصف شيء بالمهر تأخذه من المئة ، ويعتق باقيةا بالإحبال من رأس المال ، فبقي في يد الورثة مئة إلا نصف شيء يعدل مثلي ما عتق منها ، وذلك شيان ، فإذا جبرت المئة بما نقص منها وزدته على الشئين . عدلت المئة شيئين ، ونصفا الشيء خمسا المئة وهو أربعون ، فيعلم أن الذي عتق منها خمساها وقيمتها أربعون ، فتستحق خمسي مهرها وهو عشرون من المئة ، ويبقى في يد الورثة ثمانون وهو مثلاً ما عتق من الجارية .

وعلى الوجه الذي يجعل ما غرمه السيد من المهر من الثلث يعدل المئة إلا نصف شيء ثلاثة أشياء فإذا جبرتها عدلت ثلاثة أشياء ، ونصف الشيء سبعاها ، فإذا استحققت سبعي مهرها - وهو سبعمئة - بقي في يد الورثة ستة أسباع المئة ، وهو : مثلاً ما عتق منها وأخذته بالمهر .

وعلى الوجه الذي يجعل المهر هدرأ : يعتق نصفها بالإعتاق ، ونصفها بالإحبال ، ويبقى في يد الورثة مئة ، مثلاً ما عتق منها بالإعتاق .

وهكذا : إن أبرأت من مهرها ، وقلنا : يجب عتق نصفها بالإعتاق ، ونصفها بالإحبال .



فرعٌ : [أعتق أم ولده في مرض موته ثم تزوجها بمهر مثلها] :

وإن أعتق أم ولده في مرض موته ، ثم تزوجها قبل موته بمهر مثلها . . صحَّ النكاحُ وجهاً واحداً ، وورثته ؛ لأنَّ عتقها لا يُعتبر من ثلث التركة ؛ لأنها مستحقة للعتق بموته .

فإن أصدقها أكثر من مهر مثلها . . كان ما زاد على مهر مثلها وصية لوارث على ما مضى ؛ لأنها ترثه ، فيثبت الميراث ولا تثبت الوصية ؛ لأنهما لا يجتمعان . وإنما أثبتنا الميراث ؛ لأنه أقوى من الوصية ؛ لأنه يثبت بغير اختياره ، والوصية لا تثبت له إلا باختياره<sup>(١)</sup> .

فرعٌ : [أعتق في مرض موته جارية على أن تتزوج به] :

وإن أعتق في مرض موته جارية له على أن تتزوج به ، ويكون عتقها صداقها ، ورضيت به ، فتزوجها قبل موته . . فإن عتقها يصح ، ولا يلزمها أن تتزوج به ؛ لأنه سلف في عقد ، ويلزمها قيمتها لسيدها ؛ لأنه ما رضي بزوال ملكه عنها إلا بعوض ولم تسلمه له ، فيثبت له قيمتها ، كما لو كاتبها على مُحَرَّم وسَلَّمته إليه .

فإذا نكحها . . صحَّ نكاحه لها وجهاً واحداً ؛ لأنها لا تعتق من ثلثه ؛ لأنها تعتق عليه بعوض وترثه ؛ لأنَّ توريثها لا يؤدي إلى إبطال عتقها ، فإن أصدقها مهر المثل . . استحقته . وإن أصدقها أكثر من مهر مثلها . . لم تستحق الزيادة من غير إجازة الورثة ؛ لأنها وارثة له .

فرعٌ : [أعتقت في مرض موتها عبداً ثم تزوجته] :

وإن أعتقت امرأة عبداً لها في مرضها المخوف ، ثم تزوجت به ولها مالٌ يخرج العبد من ثلثه :

(١) يعني : الموصى له .

فعلى قول القاضي أبي الطيب ، وأبن الحداد ، وأبن اللبان : النكاح باطل ؛ لأن عتقه موقوف على ما يتبين من أمرها ، ولا يجوز أن يقع عقد النكاح موقوفاً .

وعلى قول أبي العباس ، وعامة أصحابنا : يصح النكاح ، وإذا ماتت . . لم يرثها ؛ لأن توريثه منها يؤدي إلى إبطاله ، على ما مضى في الأمة .

فرع : [تزوج في مرض موته بأكثر من مهر المثل] :

وإن تزوج امرأة في مرض موته بمئة درهم ، ومهر مثلها خمسون ، فماتت قبله ، وورثها ، ولا مال لهما غيرها . . فحسابه أن نقول :

لها مهر مثلها خمسون ، ولها مما بقي شيء وصية ؛ لأنها لم ترثه ، فلما ماتت قبله . . ورث عنها النصف - وهو : خمسة وعشرون - ونصف شيء ، فصار في يد ورثة الزوج خمسة وسبعون إلا نصف شيء يعدل شيئين ، فإذا جبرتها . . عدلت شيئين ، ونصفا الشيء خمسا ذلك - وهو : ثلاثون ، وهو الذي صح لها بالمحابة مع مهر مثلها - فذلك ثمانون ، وبقي في يد الزوج عشرون ، فلما ماتت قبله . . ورث عنها نصف ما بيدها أربعين - وهو : نصف مهر مثلها - ونصف شيء ، فصار معه ستون ، مثلاً المحابة .

فلو ترك الزوج سوى الصداق خمسين ، أو تركت الزوجة مئة . . تمت المحابة للزوجة . فإن ترك الزوج سوى الصداق عشرين ، وتركت الزوجة أيضاً ثلاثين . . فحسابه أن يقول :

لها مهر مثلها خمسون ، ولها مما بقي شيء محابة مع الثلاثين التي لها . . فتكون تركتها ثمانين وشيئاً ، يرث الزوج نصفها ، يضمه إلى باقي المئة في يد الزوج ، وإلى العشرين ، فيصير في يده مئة وعشرة إلا نصف شيء يعدل شيئين . فإذا جبرتها . . عدلت شيئين ، ونصفا الشيء خمسا ذلك - وهو : أربعة وأربعون - فتأخذ الزوجة ذلك مع مهر مثلها ، وتضمه إلى الثلاثين . . فيكون جميع تركتها مئة وأربعة وعشرين ، فيرث الزوج نصف ذلك - وهو : أثنان وستون - وقد بقي في يده من المئة ستة والعشرون الأخرى ، فذلك كله ثمانية وثمانون مثلاً المحابة .

وإن كان على كل واحد عشرون ديناً ، ولا مال لهما غير المئة . . فحسابه أن تقول :  
 لها مهرٌ مثلها خمسون ، ولها شيءٌ مُحاباةً ، يخرجُ منها عشرون ديناً ، بقي لها  
 ثلاثون وشيءٌ يرثُ الزوجُ نصفَ ذلك - وهو : خمسة عشر - ونصفَ شيءٍ يضمُّه إلى  
 ما بقي معه ، فيصيرُ خمسة وستين إلا نصفَ شيءٍ ، يخرجُ دينه عشرون ، فيبقى لورثته  
 خمسة وأربعون إلا نصفَ شيءٍ يعدلُ شيئين ، فإذا جُبرت . . عدلتُ شيئين ، ونصفاً  
 الشيءِ خمساً ذلك - وهو : ثمانية عشر - فيصحُّ لها ذلك مع مهرٍ مثلها ، فيصيرُ ثمانية  
 وستين ، فإذا خرجَ لدينها عشرون ، بقي ثمانية وأربعون . . فيرثُ الزوجُ أربعة وعشرين  
 مع اثنين وثلاثين يبقى معه من المئة ، فذلك ستة وخمسون ، فإذا خرجَ لدينه  
 عشرون . . بقي لورثته ستة وثلاثون ، وهو مثلاً ما صحَّ لها بالمُحابة .

**مسألة :** [شراء وبيع من في مرض الموت] :

وإذا اشترى شيئاً في مرضٍ موته ، أو باعه بضمن المثل . . صحَّ ذلك ولم يُعتبر من  
 الثلث ؛ لأنَّ ما رجع إليه مثل ما خرج منه .  
 وإن اشترى شيئاً في مرضٍ موته أو باعه ، وحابى في ذلك . . أعتبرت المُحابة من  
 ثلث التركة .

وقال ابنُ اللَّبان : القياسُ يقتضي أن يبطل بيعُ المريضِ وشراؤه إذا كان فيهما  
 مُحابة ؛ لأنه لا يجوزُ أن يقعَ العقدُ موقوفاً ، على ما تبينَ في باقي الحال<sup>(١)</sup> .  
 والمشهورُ هو الأولُ ، وعليه التفرُّع ، وقد مضى ذلك في البيوع .

**فرع :** [شراء من يعتق عليه في مرض موته] :

وإن اشترى ابنه أو أباه في مرضٍ موته . . عتق من ثلثه ولا يرثه ؛ لأنَّ عتقه وصيةٌ ،  
 ولا يجتمعُ له الميراثُ والوصيةُ .

(١) باقي الحال : أي ما يؤول إليه حاله ، وفي نسخة : ( ثاني ) .

وإن اشتراه بمُحابة ، وأَحْتَمَلَ الثُّلُثُ عِتْقَهُ والمُحَابَاةُ . . عتق ، ولزمتِ المُحَابَاةُ للْبَائِعِ . وإن لم يحتملها الثُّلُثُ . . ففيه ثلاثة أوجه :

أحدها - وهو المشهور - : أَنَّ المُحَابَاةَ تَقْدَمُ فِي الثُّلُثِ ؛ لِأَنَّ الْبَائِعَ مَلِكُ الثَّمَنِ فِي حَالِ مَا مَلَكَ الْمُشْتَرِي الْمَبِيعَ ، ثُمَّ يَعْتَقُ عَلَيْهِ بَعْدَ ذَلِكَ مِنَ الثُّلُثِ . فإذا أَسْتَغْرَقَتْ المُحَابَاةُ الثُّلُثَ . . لم يعتق عليه ، وورث عنه .

والثاني - وهو قولُ أَبِي الْعَبَّاسِ بْنِ سَرِيحٍ - : أَنَّ الْبَيْعَ لَا يَصَحُّ ؛ لِأَنَّ تَصْحِيحَهُ يُوَدِّي إِلَى أَنَّ يَمْلِكُ الْإِنْسَانُ أَبَاهُ أَوْ ابْنَهُ ، وَلَا يَعْتَقُ عَلَيْهِ ، وَذَلِكَ يَخَالِفُ مَقْتَضَى الْعَقْدِ ، فَلَمْ يَصَحَّ .

والثالث - وهو قولُ ابْنِ اللَّبَّانِ - : أَنَّ الثُّلُثَ يُقَسَّمُ بَيْنَ الْعَتَقِ وَالْمُحَابَاةِ عَلَى قَدْرِهِمَا ؛ لِأَنَّ فِي تَقْدِيمِ أَحَدِهِمَا إِطْلَالَ لِلْآخَرِ ، وَلَيْسَ أَحَدُهُمَا بِأَوْلَى مِنَ الْآخَرِ .

وإن اشتراه في مرض موته بثمان مثله ، وعليه دين يستغرق ماله . . ففيه وجهان :

[أحدهما] : قَالَ أَبُو الْعَبَّاسِ بْنُ سَرِيحٍ : لَا يَصَحُّ الشَّرَاءُ ؛ لِأَنَّ تَصْحِيحَهُ يُوَدِّي إِلَى أَنَّ يَمْلِكُ أَبَاهُ أَوْ ابْنَهُ ، وَلَا يَعْتَقُ عَلَيْهِ ، فَلَمْ يَصَحَّ ، كَمَا لَا يَصَحُّ شَرَاءُ الْكَافِرِ لِلْعَبْدِ الْمُسْلِمِ .

والثاني - وهو قولُ أَكْثَرِ أَصْحَابِنَا - : يَصَحُّ الشَّرَاءُ ، وَلَا يَعْتَقُ عَلَيْهِ ، وَيَبَاعُ فِي الدَّيْنِ ، وَهُوَ الْأَصَحُّ ؛ لِأَنَّ مُوجِبَ الشَّرَاءِ الْمَلِكُ ، وَالَّذِينَ لَا يَمْنَعُ مِنْهُ ، فَلَمْ يَمْنَعْ صَحَّةُ الشَّرَاءِ . وَعِتْقُهُ مُعْتَبَرٌ مِنَ الثُّلُثِ ، وَالَّذِينَ يَمْنَعُ مِنْهُ كَمَا يَمْنَعُ الدَّيْنُ الْعَتَقَ بِالْإِعْتَاقِ . وَيَخَالِفُ شَرَاءَ الْكَافِرِ لِلْمُسْلِمِ ، فَإِنَّ الْكَفَرَ يَمْنَعُ الْمَلِكَ لِلْعَبْدِ الْمُسْلِمِ .

وإن كان ماله مئتي درهم وأمة تساوي مئة درهم ولا يملك غير ذلك ، فأعتق الأمة في مرض موته ، ثُمَّ اشْتَرَى أَبَاهُ أَوْ ابْنَهُ . . قُدِّمَ عَتَقُ الْأَمَةِ .

وعلى قولِ أَبِي الْعَبَّاسِ : لَا يَصَحُّ الشَّرَاءُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُهُ ، وَهُوَ لَا يَعْتَقُ عَلَيْهِ .

وعلى قولِ سَائِرِ أَصْحَابِنَا : يَصَحُّ الشَّرَاءُ ، وَلَا يَعْتَقُ عَلَيْهِ ، بَلْ يورث عنه ، فَإِنْ كَانَ فِي وَرَثَتِهِ مَنْ يَعْتَقُ عَلَيْهِ إِذَا مَلَكَهُ . . عَتَقَ عَلَيْهِ نَصِيْبُهُ دُونَ الْبَاقِي . وَإِنْ كَانُوا مَمَّنْ لَا يَعْتَقُ عَلَيْهِ . . اسْتَقَرَّ مِلْكُهُمْ عَلَيْهِ .

وهكذا : لو أبرأ<sup>(١)</sup> البائع المشتري من الثمن ، أو برىء من مرضه . . عتق عليه .

فرع : [ورث من يعتق عليه بالملك في مرض موته] :

وإن ورث من يعتق عليه بالملك في مرض موته ، ولا دين على الوارث . . ففيه وجهان ، حكاهما القاضي أبو الطيب :

أحدهما : أنه يعتق عليه من ثلثه ؛ لأنه ملكه في مرض موته وعتق عليه ، فهو كما لو اشتراه .

والثاني - وهو الأصح - : أنه يعتق عليه من رأس ماله ؛ لأنه دخل في ملكه بغير اختياره ، وعتق عليه بغير اختياره ، فهو كما لو تلف شيء من ماله في مرض موته ، بخلاف ما لو اشتراه .

وإن وهب له قبله وقبضه في مرض موته ، أو وصى له به قبله في مرض موته ، ولا دين عليه :

فإن قلنا : إنه إذا ورثه في مرض موته يعتق عليه من ثلثه . . فهاهنا أولى .

وإن قلنا في الميراث : يعتق عليه من رأس ماله . . ففي الهبة والوصية وجهان :

أحدهما : أنه يعتق عليه من رأس ماله ؛ لأنه دخل في ملكه بغير عوض .

والثاني - وهو الأصح - : أنه يعتق عليه من ثلثه ؛ لأنه دخل في ملكه باختياره للقبول ، فعتق من ثلثه ، كما لو اشتراه .

فكل موضع قلنا : إنه يعتق من رأس المال . . فإنه يرث من معتقه ؛ لأن عتقه ليس بوصية .

وكل موضع قلنا : إنه يعتق من الثلث . . فإنه لا يرث من المعتق ؛ لأن عتقه وصية ، ولا يجتمع له الميراث والوصية .

(١) في حاشية نسخة : ( برىء من الدين ومن المرض أيضاً بكسر الراء ، وبرأ مرضه بفتحها ) .



وقال أبو سعيد الإصطخري : لا يرث بحال ، وليس بشيء ؛ لأنه إذا لم يكن عتقه وصية . . لم يُنافِ الميراث .

وأما إذا ورثه ، أو قبل وصيته ، أو قبضه في هبة في مرض موته ، وعليه دين يستغرق تركته :

فإن قلنا : إنه يعتق إذا لم يكن عليه دين من رأس المال . . عتق هاهنا ، ولا يباع في الدين .

وإن قلنا هناك : إنه يعتق من الثلث . . فهاهنا وجهان :

أحدهما - وهو الأصح - : أنه يملكه ويباع في الدين ؛ لأن العتق من الثلث لا يكون إلا بعد الدين .

والثاني - وهو قول أبي العباس - : أنه لا يصح قبوله في الهبة أو الوصية ، بل يكون على ملك الواهب ، أو ورثة الموصي ؛ لئلا يملكه ولا يعتق عليه .

فرع : [وهب له من يعتق عليه في مرض موته] :

إذا وهب له من يعتق عليه في مرض موته ، أو وصى له به فقبله<sup>(١)</sup> ، ثم أعتق الموهوب عبداً له آخر ، فإن احتملهما الثلث . . عتقا . وإن احتمل الثلث أحدهما لا غير :

فإن قلنا : إن عتق الموهوب أو الموصي به من رأس المال . . عتقا جميعاً .

وإن قلنا : إن عتق الموهوب أو الموصي به من الثلث . . قُدِّمَ عتق الموهوب أو الموصي به في الثلث ، ووُفِّقَ عتق الآخر على إجازة الورثة .

وإن بدأ فاعتق عبداً له قيمته جميع ثلثه في مرض موته ، ثم وهبه له من يعتق عليه أو وصى له به فقبل :

فإن قلنا : يعتق الموهوب أو الموصي به من رأس المال . . عتقا جميعاً .

(١) في ( م ) زيادة : ( ثم أعتق له به فقبله ) .

وإن قلنا : يعتق الموهوب أو الموصى به من الثلث . . قُدِّمَ عَتَقُ الْأَوَّلِ فِي الثُّلَثِ ،  
وفي الموهوب أو الموصى به وجهان :  
أحدهما : لا يعتق ويرثه ورثة الموهوب .  
والثاني : لا تصح هبته ولا الوصية له به .

والله أعلم

\* \* \*

## بابُ جامعِ الوصايا

إذا أوصى لجيرانه.. فإنه يُصَرَّفُ إلى أربعين داراً من كلِّ جانبٍ .

وقال أبو حنيفة : ( يكونُ ذلكَ للجارِ الذي يُلاصِقُهُ ) .

وقال أبو يوسف : ( هو لأهل الدَّربِ ) .

وقال أحمدُ : ( هو لأهل المسجد والجماعة ممَّن يسمعُ النداءَ والإقامةَ ) .

دليلنا : ما رَوَتْ عائشةُ : أنَّ النبيَّ ﷺ سئلَ عَنْ حَدِّ الْجَوَارِ ؟ فَقَالَ : « أَرْبَعُونَ

داراً ، هُكْذا ، وَهُكْذا ، وَهُكْذا ، وَهُكْذا ، يَمِيناً وَشَمَالاً وَقُدَّاماً وَخَلْفاً »<sup>(١)</sup> .

وبعضُهم يرويه : « أَرْبَعُونَ ذِرَاعاً » .

(١) أخرجه عن عائشة الصديقة من طريقين البيهقي في « السنن الكبرى » ( ٢٧٦/٦ ) في الوصايا ،

وأورده عنه الزيلعي في « نصب الراية » ( ٤١٤/٤ ) ، والحافظ في « تلخيص الحبير »

( ١٠٧/٣ ) ، والعجلوني في « كشف الخفاء » ( ١٠٥٤ ) وفيه قالت : يا رسول الله ما حدُّ

الجوار ؟ قال : « أربعون داراً » وفي رواية عنها : « أوصاني جبريل بالجار إلى أربعين داراً ،

عشرة من هاهنا ، وعشرة من هاهنا ، وعشرة من هاهنا » قال البيهقي : في

هذين الإسنادين ضعف ، وإنما يعرف من حديث ابن شهاب الزهري عن النبي ﷺ مرسلاً :

« أربعين داراً جار » أورده أبو داود في « المراسيل » وفي الباب :

عن أبي هريرة رواه أبو يعلى ( ٥٩٨٢ ) ، وابن حبان في « المجروحين والضعفاء »

( ١٥٠/٢ ) ، وأورده ابن حجر في « المطالب العالية » ( ٢٧٢٣ ) قال عنه الهيثمي في

« المجمع » ( ١٦٩/٨ ) : رواه أبو يعلى عن شيخه محمد بن جامع العطار وهو ضعيف ، وفيه

أيضاً عبد السلام بن أبي الجنوب قال عنه ابن حبان : منكر الحديث يروي عن الثقات ما لا يشبه

حديث الأثبات ، لا يعجبني الاحتجاج بخبره لمخالفته الأثبات في الروايات . قال عنه ابن حجر

في « تلخيص الحبير » ( ١٠٨/٣ ) : وهو متروك .

وعن كعب بن مالك رواه الطبراني في « الكبير » ( ١٤٣/١٩ ) نحو سياق أبي داود وفيه

يوسف ابن السفر وهو متروك أيضاً .

مسألة : [أوصى لقراء القرآن] :

وإن وصى لقراء القرآن.. كان ذلك لمن يحفظ جميع القرآن . وهل يدخل فيه من يحفظ بعضه ؟ فيه وجهان :

أحدهما : يدخل فيه ؛ لعموم قوله .

والثاني : لا يدخل فيه ؛ لأنه لا يطلق هذا الاسم في العرف إلا على من يحفظ جميعه .

وإن وصى للفقهاء.. صُرف إلى الفقهاء دون الأصوليين والنحاة ، وأهل اللغة والطب . ولا يدخل فيه من يسمع الحديث ولا يعرف طُرُقَهُ<sup>(١)</sup> ؛ لأنه لا يطلق اسم الفقيه إلا على الفقهاء .

وإن وصى إلى العلماء.. صُرف إلى كل عالم بأصول الشريعة وفروعها دون غيرهم .

فرع : [أوصى لأعقل الناس] :

وإن وصى لأعقل الناس.. قال الشافعي : ( صُرف ذلك إلى أَوْرَع الناس وأزهدهم ؛ لأنَّ العقل : المنع ، وأعقلُ الناس : أَمْنَعُهُم عَنِ المحارم ) .

قال أصحابنا : وعلى هذا القياس إذا وصى لأجهل الناس وأسفلهم.. صُرف ذلك إلى من يسبُّ الصحابة رضي الله عنهم ، وإلى أهل الذمّة ؛ لأنَّهم أجهلُ الناس لمخالفتهم الدلائل الواضحة .

فرع : [أوصى لمسجد أو سقاية] :

وإن وصى بثلثه لمسجد أو لسقاية ، أو لبناء مسجد أو بناء سقاية ، أو أوصى بأن يؤقف ذلك عليه.. قال الشيخ أبو حامد : صحَّ ذلك ؛ لأنه وصية في طاعة .

(١) طرق الحديث : هي اختلاف أسانيده ، وكثرة رواته وقلتهم ، والعدل والمجروح منهم وغير ذلك .

وإن وصى بثلثه لمفاداة أسارى المشركين من أيدي المسلمين :  
 قال ابن الصبّاغ : صحّت الوصيّة ؛ لأنّ المفاداة جائزة فصحّت<sup>(١)</sup> الوصيّة له .  
 قال الشافعي : ( وإن وصى بمصحفٍ لذميٍّ . . فالوصيّة باطلة ) .  
 قال أصحابنا : هذا على أحد القولين ، إذا قلنا : لا يصحّ شراؤه له .

### مسألة : [أوصى للأيتام] :

وإن أوصى للأيتام . . صُرفَ إلى الصغار الفقراء ممّن لا أب له ؛ لقوله ﷺ : « لا يَتِمُّ بَعْدَ الْحُلُمِ »<sup>(٢)</sup> .  
 ولأنّ اليتم في بني آدم : فقد الأب ، وفي البهائم : فقد الأم .  
 وهل يدخل فيه من كان صغيراً غنياً لا أب له ؟ فيه وجهان :  
 أحدهما : يدخل فيه ؛ لأنّه يتيمٌ بفقد الأب .  
 والثاني : لا يدخل فيه ؛ لأنّ هذا الاسم لا يُطلق في العادة إلا على الفقير الصغير الذي لا أب له .

### فرع : [أوصى للأرامل] :

وإن وصى للأرامل . . دخل فيه كلّ امرأة فقيرة لا زوج لها .  
 وهل يدخل فيه من لا زوج لها إذا كانت غنيّة ؟ على الوجهين في الصغير الغني .

وهل يدخل فيه من لا زوجة له من الرجال ؟ فيه وجهان :

(١) في ( م ) : ( فجازت ) .

(٢) أخرجه عن علي رضي الله عنه أبو داود ( ٢٨٧٣ ) ، وابن عدي في « الكامل » ( ٢٣١٦ / ٧ ) ، والبيهقي في « السنن الكبرى » ( ٣٢٠ / ٧ ) في الوصايا .



أحدهما : لا يدخل ؛ لأنه لا يُطلقُ هذا الاسمُ في العُرفِ على الرجالِ<sup>(١)</sup> .  
والثاني : يدخلُ فيه ؛ لأنه قد يُسمَّى مَنْ لا زوجةَ له مِنْ الرجالِ أرملاً<sup>(٢)</sup> .

مسألةٌ : [أوصى للشيخ] :

قال الشيخُ أبو إسحاق : وإن وصَّى للشيخ . . أُعطيَ مَنْ جاوزَ الأربعينَ سنةً . وإن وصَّى للفتيانِ والشبابِ . . أُعطيَ مَنْ جاوزَ البلوغَ إلى الثلاثينَ . وإن وصَّى للغلمانِ والصبيانِ . . أُعطيَ مَنْ لم يبلغْ ؛ لأنَّ هذه الأسماءَ لا تُطلقُ إلا على مَنْ ذكرناه .

مسألةٌ : [أوصى للفقراء والمساكين] :

الفقراءُ والمساكينُ صنفانِ : فالفقيروُ أمسُّ حاجةً مِنَ المسكينِ .  
(و) الفقيروُ ( هو : الذي لا شيءَ له ، أو له شيءٌ لا يقعُ موقعاً مِنْ كفايته ، مثلُ أَنْ كانَ يحتاجُ في كلِّ يومٍ إلى عشرةِ دراهمٍ ، ولا يجدُ إلا درهماً أو درهمينِ .  
(و) المسكينُ ( هو : الذي لا يجدُ ما يكفيه ، ويجادُ ما يقعُ موقعاً مِنْ كفايته ، بأنَّ كانَ يجدُ في كلِّ يومٍ ثمانيةَ دراهمٍ ، وهو يحتاجُ إلى عشرةِ .  
فإذا أوصى بثُلثه للمساكينِ . . جازَ أَنْ يُصرفَ إلى المساكينِ والفقراءِ . وإن وصَّى للفقراءِ . . جازَ أَنْ يُصرفَ إلى الفقراءِ والمساكينِ ؛ لأنَّ معناه أَنَّهُ لِلْمَحْتَاجِينَ ، والفقراءُ والمساكينُ محتاجونَ .

وحكى أبو إسحاقَ المروزيُّ : أَنَّ الشافعيَّ قالَ : ( إذا أوصى للفقراءِ . . لم يَجُزْ أَنْ

(١) هذا الأصح ، وهو مفهوم العامة .

(٢) قال في « المذهب » [٤٦٢/١] : قد يسمَّى الرجلُ أرملاً ، قال الشاعر :

كلُّ الأرامِلِ قد قضيتَ حاجتهمُ      فمن لحاجة هذا الأرمِلِ الذكر

وهو عند ابن فارس في « معجم مقاييس اللغة » : هذي الأرامِلِ قد قضيتَ حاجتها .

وأرملَ : نفَذَ زاده وافتقر ، قال الشاعر :

أحب أن اصطاد ظبياً سخبلاً      رعى الربيع والشتاء أرملاً

يُدْفَعُ مِنْهُ شَيْءٌ إِلَى الْمَسَاكِينِ ؛ لِأَنَّ الْفُقَرَاءَ أَمْسُ حَاجَةً مِنَ الْمَسَاكِينِ ( . وَالْمَشْهُورُ هُوَ الْأَوَّلُ .

وَإِنْ وَصَّى لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ . . وَجَبَ أَنْ يُصَرَّفَ النِّصْفُ إِلَى الْفُقَرَاءِ ، وَالنِّصْفُ إِلَى الْمَسَاكِينِ ؛ لِأَنَّ الْجَمْعَ بَيْنَهُمَا فِي الْوَصِيَّةِ يَقْتَضِي الْجَمْعَ بَيْنَهُمَا فِي الْعَطِيَّةِ .

وَيُصَرَّفُ ذَلِكَ إِلَى فَقَرَاءِ بَلَدِ الْمُوصِي وَمَسَاكِينِهِ ؛ لِأَنَّ كَلَامَ الْأَدَمِيِّ يُحْمَلُ عَلَى الْمَعْهُودِ فِي الشَّرْعِ ، فَلَمَّا كَانَتْ صَدَقَةُ الْمَالِ تَخْتَصُّ بِفُقَرَاءِ الْبَلَدِ وَمَسَاكِينِهِ ، فَكَذَلِكَ الْوَصِيَّةُ لَهُمْ . فَإِنْ نُقِلَ عَنْهُمْ إِلَى بَلَدٍ آخَرَ . . كَانَ عَلَى الْخِلَافِ فِي نَقْلِ الصَّدَقَةِ .

قَالَ الشَّافِعِيُّ : ( وَإِنْ فَضَلَ شَيْءٌ مِنَ الثَّلَاثِ عَنْ فَقَرَاءِ بَلَدِهِ . . نُقِلَ <sup>(١)</sup> إِلَى أَقْرَبِ الْبُلْدَانِ إِلَيْهِ ) .

وَأَقْلُ مَا يُجْزَى : أَنْ يُدْفَعَ إِلَى ثَلَاثَةٍ مِنْ كُلِّ صَنْفٍ ، غَيْرَ أَنَّ الْمُسْتَحَبَّ أَنْ يَعُمَّ مَنْ فِي الْبَلَدِ مِنَ الصَّنْفِ الْمُوصَى لَهُ إِنْ أَمَكَّنَهُ ، كَمَا قُلْنَا فِي الزَّكَاةِ .

فَرْعٌ : [أَوْصَى لغير الفقراء والمساكين ممن يستحق الزكاة] :

وَإِنْ وَصَّى لِلْمُؤَلَّفَةِ قُلُوبُهُمْ أَوْ لِلرَّقَابِ أَوْ لِلْغَارِمِينَ أَوْ لِسَبِيلِ اللَّهِ أَوْ لِابْنِ السَّبِيلِ . . صُرِفَ إِلَى مَنْ يُصَرَّفُ إِلَيْهِ الزَّكَاةُ مِنْهُمْ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ فِي قِسْمِ الزَّكَاةِ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ ثَبَتَ لِهَذِهِ الْأَسْمَاءِ عَرَفٌ فِي الشَّرْعِ ، فَحُمِلَ مُطْلَقُ كَلَامِ الْأَدَمِيِّ عَلَيْهِ .

فَرْعٌ : [أَوْصَى لِمَعِينٍ مِنَ الْفُقَرَاءِ] :

وَإِنْ أَوْصَى بِثُلَاثِهِ لَزَيْدٍ وَلِلْفُقَرَاءِ . . فَقَدْ قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ : ( هُوَ كَأَحَدِهِمْ ) .

وَأَخْتَلَفَ أَصْحَابُنَا فِيهِ :

فَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ بِظَاهِرِهِ ، وَأَنَّ الْمُسْتَحَبَّ أَنْ يَعُمَّ فَقَرَاءُ الْبَلَدِ ، وَيُعْطَى زَيْدًا كَأَحَدِهِمْ . وَأَقْلُ مَا يُجْزَى أَنْ يَدْفَعَ إِلَى ثَلَاثَةٍ مِنَ الْفُقَرَاءِ . وَأَفَادَ مَا ذَكَرَهُ هَاهُنَا : أَنَّهُ لَا يَجُوزُ الْإِخْلَالُ بِهِ .

(١) فِي نَسْخَةٍ : ( صَرَفَ ) .

وهل يُشترطُ على هذا أن يكونَ زيدٌ فقيراً ؟ فيه وجهان .

فمنهم من قال : يجبُ أن يُصرفَ إلى زيدٍ نصفُ الثلثِ ، وإلى الفقراءِ النصفُ ؛ لأنه أضافَ الثلثَ إلى زيدٍ وإلى الفقراءِ ، فصارَ كما لو قال : هذه الدارُ لزيدٍ وللفقراءِ .

ومنهم من قال : يجبُ أن يُصرفَ إلى زيدٍ رُبُعُ الثلثِ ، وإلى الفقراءِ ثلاثةُ أرباعه ؛ لأنَّ أقلَّ ما يُجزىءُ أن يُدفعَ إلى ثلاثةٍ من الفقراءِ ، فكأنَّه أوصى لأربعةٍ فقراءَ .  
ومن أصحابنا الخراسانيّينَ من قال : إن قال : أعطوا زيداً الفقيرَ والفقراءَ ، أو زيداً المسكينَ والمساكينَ . . كانَ على الأوجهِ الثلاثةِ .

وإن قال : أعطوا زيداً والفقراءَ . . كانَ في قدرٍ ما يُعطى زيدٌ وجهان :  
أحدهما : النصفُ .

والثاني : الرُّبُعُ .

ومن أصحابنا الخراسانيّينَ من قال : تبطلُ الوصيّةُ لزيدٍ ؛ لأنَّه جعلهُ كأحدِهِم ، فإذا لم يُعلمْ عددهم وتعدّدَ حصّتهم . . صارَ ما يخصّهُ مجهولاً ، فبطلَ .

فرعٌ : [وصى لزيد بدينار] :

وإن وصّى لزيدٍ بدينارٍ وبثلاثةٍ للفقراءِ<sup>(١)</sup> ، وزيدٌ فقيرٌ . . لم يُعطَ غيرَ الدينارِ ؛ لأنَّه قطعَ اجتِهَادَ الوصيِّ فيه بتقديرٍ حقّه بالدينارِ .

وإن وصّى بثلاثةٍ لزيدٍ وعمرو ، فردَّ عمرو وصيّتهُ ، وقبِلَ زيدٌ وصيّتهُ . . لم يتوفّرِ الثلاثةُ على زيدٍ ، بل يكونُ لزيدٍ نصفُ الثلاثةِ ؛ لأنَّه وصّى لكلِّ واحدٍ منهما بنصفِ الثلاثةِ ، فإذا ردَّ أحدهما وصيّتهُ . . كانَ ذلكَ للورثةِ .

(١) في نسخة : ( وبياقي ثلثه للفقراءِ ) ، وفي ( م ) : ( وصى لزيد بدينار ديناً في ثلاثة للفقراءِ ) ، لكن أفدنا في تصويب العبارة من « المذهب » وهي : وإن وصّى لزيد بدينار ، وبثلثه للفقراءِ وزيد فقيرٌ . . لم يعط غير الدينار .

مسألة : [الوصية لقبيلة] :

وإن وصّى لقبيلة لا ينحصر عددهم ، كبنى بكرٍ وبنى تميم . . ففيه قولان :  
أحدهما : تصح الوصية ، ويجوز أن يُصرف إلى ثلاثة منهم فما زاد ، كما قلنا في  
الوصية للفقراء .

والثاني : لا تصح الوصية لهم ؛ لأنه لا يمكن حصرهم ولا عُرِفَ لما يُعطى منهم  
في الشرع ، بخلاف الفقراء .

وإن وصّى لزيد ولبنى تميم ، فإن قلنا : إن الوصية لبنى تميم تصح . . ففي قدر  
ما يستحقه زيد معهم الأوجه التي ذكرناها في الوصية لزيد وللفقراء .

ومن أصحابنا من قال : إذا قلنا : إنه كأحدهم . . بطلت الوصية له هاهنا ؛ لأنه  
لا يُعرف عددهم الذين يُضم إليهم ، فلا يُعرف قدر نصيبه ، وليس بشيء ؛ لأنه يُعلم أنه  
أوصى له بشيء في الجملة . وإن لم يُعرف . . فهو كما لو أوصى له بشيء من ماله .

وإن قلنا : لا تصح الوصية لبنى تميم . . ففي قدر ما يستحقه زيد الأوجه في الوصية  
له وللفقراء ، وما زاد على ذلك يرجع إلى الورثة .

فرع : [الوصية بالثلث دون تعيين] :

وإن قال : أوصيت بثلث مالي ، وأطلق . . صح ذلك ، وصُرف إلى الفقراء  
والمساكين ؛ لأن المعهود في الشرع أن الصدقات لهم ، فحمل مطلق كلام الأدمي  
عليه .

مسألة : [ضع ثلثي فيما أراك الله] :

قال الشافعي في « الأم » : ( إذا قال للوصي : ضع ثلثي فيمن يُريك الله ، أو حيث  
ترى ، أو فيما يقربني إلى الله ، أو في جهة البرّ وجهة الثواب . . صُرف ذلك إلى الفقراء  
والمساكين ؛ لأن ذلك جهة البرّ والثواب ) . ويُستحب أن يُقدّم في ذلك من لا يرث

الموصي من أقاربه ، وذوي رحمه ؛ لقوله ﷺ : « صَدَقْتُكَ عَلَى ذِي رَحِمِكَ : صَدَقَّةٌ وَصِلَةٌ » .

فإن لم يكن له ذو رحم من النسب . . فمن الرضاع ؛ لقوله ﷺ : « يَحْرُمُ مِنَ الرِّضَاعِ مَا يَحْرُمُ مِنَ النَّسَبِ »<sup>(١)</sup> .

فإن لم يكن له ذلك . . فإلى جيران الموصي ؛ لما روي : أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « مَا زَالَ جِبْرِيلُ يُوصِينِي بِالْجَارِ حَتَّى خَشِيتُ أَنَّهُ سَيُورِّثُهُ »<sup>(٢)</sup> .

ولو دفعه الوصي إلى من يرث الموصي . . لم يصح ؛ لأنَّ الوصية للوارث لا تصح .

ولا يجوز للوصي أن يضعه في نفسه ، كما لو وَّكَلَهُ في البيع . . لم يَجُزْ أَنْ يَبِيعَ مِنْ نَفْسِهِ .

**مسألة :** [وصي لزيد وملك] :

وإن وصَّى لزيد ولجبريل بثُلثِ ماله . . كان لزيد نصفُ الثُلثِ ، وتَبَطَّلُ الوصيةُ لجبريل .

وإن وصَّى لزيد وللرياح بثُلثِ ماله . . ففيه وجهان :

أحدهما : أَنَّ لزيد نصفَ الثُلثِ ، وتَبَطَّلُ الوصيةُ في النصفِ ، كما قلنا في التي قَبَلْهَا .

(١) أخرجه عن ابن عباس رضي الله عنهما البخاري ( ٢٦٤٥ ) في الشهادات و ( ٥١٠٠ ) في النكاح ، ومسلم ( ١٤٤٧ ) في الرضاع .

(٢) أخرجه عن عائشة الصديقة البخاري ( ٦٠١٤ ) في الأدب ، ومسلم ( ٢٦٢٤ ) في البر والصلة ، وأبو داود ( ٥١٥١ ) في الأدب ، والترمذي ( ١٩٤٣ ) في البر والصلة ، وابن ماجه ( ٣٦٧٣ ) في الأدب ، والخرائطي في « مكارم الأخلاق » ( ص / ٣٦ ) . قال الترمذي : هذا حديث حسن صحيح ، وفي الباب :

عن ابن عمرو رواه الترمذي ( ١٩٤٤ ) وقال : حسن غريب .

وعن ابن عباس ، وأبي هريرة ، وأنس ، والمقداد ، وعقبة بن عامر ، وأبي شريح ، وأبي أمامة .



والثاني : أَنَّ جميعَ الثلثِ لزيدٍ ، وذكرُ الرياحِ لَعُوٌّ . هذا ترتيبُ الشيخِ أبي إسحاقٍ .  
وقالَ المسعوديُّ [في « الإبانة »] : إذا أوصى بثُلثِهِ لزيدٍ وللملائكةِ ، أو للرياحِ .  
ففيه ثلاثةُ أوجهٍ :

أحدها : أَنَّ لزيدٍ نصفَ الثلثِ ، وتَبَطَّلُ في النصفِ الآخرِ ، كما لو أوصى بثُلثِهِ  
لوارثِهِ ولأجنبيٍّ .

والثاني : أَنَّ جميعَ الثلثِ لزيدٍ .

والثالثُ : أَنَّ لزيدٍ منه ما يَقَعُ عليه اسمُ شيءٍ تخريجاً مِنْ نصرٍ الشافعيُّ : إذا أوصى  
لزيدٍ وَلِمَنْ لَا يُحصى .

وإنَّ وَصَّى بثُلثِهِ لحيٍّ ولميتٍ . . فللحيِّ نصفُ الثلثِ ، وتَبَطَّلُ الوصيةُ للميتِ .  
وقالَ أبو حنيفةَ : ( الثلثُ كُلُّهُ للحيِّ ) .

وحكاةُ المسعوديِّ [في « الإبانة »] قولاً آخرَ لنا ، وليسَ بمشهورٍ .

وإنَّ قالَ : ثلثي لله ولزيدٍ . . ففيه وجهانِ :

أحدهما : أَنَّ جميعَ الثلثِ لزيدٍ ، وأسمُ اللهَ للتبرُّكِ .

والثاني : أَنَّ لزيدٍ نصفَ الثلثِ ، ونصفُهُ للفقراءِ والمساكينِ ؛ لأنَّ عامَّةَ ما يجبُ لله  
يُصرفُ إلى الفقراءِ والمساكينِ ، فصارَ كما لو قالَ : ثلثي لزيدٍ وللفقراءِ .

فرعٌ : [أوصى لعقبِ زيدٍ] :

إذا أوصى لعقبِ زيدٍ ، فماتَ الموصي وزيدٌ حيٌّ ، ثمَّ ماتَ زيدٌ . . كانتِ الوصيةُ  
لولدِهِ .

وإنَّ وَصَّى لأولادِ زيدٍ . . صُرفَ إلى أولادِهِ الموجودينَ يومَ عقدِ الوصيةِ ، دونَ مَنْ  
يولدُ بعدهُ .

وقالَ أبو حنيفةَ : ( يُصرفُ إلى الموجودينَ يومَ موتِ الموصي ) .

وقيلَ : إنَّه قولٌ لنا .

فرعٌ : [الوصية لدابة فلان] :

قال في « العُدَّة » : إذا قال : أوصيتُ لدابَّةَ فلانٍ . . سئِلَ :

فإن قال : أردتُ أنَّ الدابَّةَ تَمْلِكُ ذلك . . لم يكن شيئاً ؛ لاستحالة أنَّها تَمْلِكُ .

وإن قال : أردتُ به أنَّها تُعَلِّفُ به . . فهل يُشترطُ قبُولُ مالِكها ؟ فيه وجهان :

أحدهما : أنَّه يُشترطُ قبُولُهُ ؛ لأنَّ نَفَقَتها على مالِكها ، فهو في الحقيقة وَصِيَّةٌ له ،

كما لو وَصَّى لعمارة دار فلانٍ . . فالقبُولُ إليه .

والثاني : أنَّه لا يُشترطُ قبُولُهُ ، كما لو وَصَّى بعمارة مسجدٍ أو قنطرةٍ .

فإذا قلنا بالأوَّلِ : كان الموصيُ به لِمَالِكِ الدابَّةِ ، إن شاء أَنْفَقَهُ على الدابَّةِ ، وإن

شاء أَمْسَكَهُ على نَفْسِهِ وَأَنْفَقَ عليها مِنْ حيثُ شاء .

ومَنْ قال بالثاني ، قال : يُنْفِقُ الوصيُّ ذلك على الدابَّةِ ، فإن لم يكن وصيٌّ . . أَنْفَقَهُ

رَبُّ الدابَّةِ عليها ؛ لأنَّ الموصيَ قصدَ ذلك ، ولعلَّهُ عَلِمَ أَنَّ رَبَّ الدابَّةِ لا يُنْفِقُ عليها ،

وأرادَ إحياءَ نَفْسِها ، وفي ذلك قربةٌ وطاعةٌ .

وإن مات الموصي قبل أن يُبَيِّنَ . . رُجِعَ إلى وَرَثَتِهِ :

فإن قالوا : أرادَ أَنْ تُعَلِّفَ به الدابَّةُ . . صَحَّتِ الوصِيَّةُ .

وإن قالوا : أرادَ تَمْلِكُها . . حَلَفُوا على ذلك ، وبطلتِ الوصِيَّةُ ؛ لأنَّ الدابَّةَ لا تَمْلِكُ .

وإن قالوا : لا ندري ما أرادَ . . كان كما لو قال : أوصيتُ لها ، ولا نِيَّةَ له . . فتَبَطَّلُ

الوصِيَّةُ ؛ لأنَّ الدابَّةَ لا تَمْلِكُ .

قال أبو علي السنجي : فعلى هذا : إذا قال : وَقَفْتُ أرضي هذه على المسجدِ أو

على الكعبةِ ، سئِلَ ، فإن قال : أردتُ على عِمَارَتِها . . صحَّ . وإن قال : أردتُ أَنْ

تكونَ المنافعُ ملكاً للمسجدِ أو للكعبةِ ، أو قال : لا نِيَّةَ لي . . لم يصحَّ ؛ لأنَّ المسجدَ

والكعبةَ لا يَمْلِكَانِ .

وإن مات قبل أن يُبَيِّنَ . . رُجِعَ إلى وَرَثَتِهِ ، وإذا صَحَّتِ الوصِيَّةُ للكعبةِ . . صُرِفَ

إلى عِمَارَتِها .

وقال أبو حنيفة : ( تُصَرَّفُ إِلَى مَسَاكِينَ مَكَّةَ ) وَهُوَ وَجْهٌ لِبَعْضِ أَصْحَابِنَا الْخِرَاسَانِيِّينَ .

**مَسْأَلَةٌ :** [أوصى لرجل بقسط من ماله] :

إِذَا أَوْصَى رَجُلٌ لِرَجُلٍ بِنَصِيبٍ مِنْ مَالِهِ ، أَوْ بِحِظٍّ أَوْ بِقِسْطٍ أَوْ بِجُزْءٍ أَوْ بِقَلِيلٍ أَوْ كَثِيرٍ . . فَإِنَّ شَيْئاً مِنْ هَذِهِ الْأَلْفَاظِ لَا يُقَدَّرُ بِشَيْءٍ مَمْلُوكٍ ، بَلْ أَيْ شَيْءٍ أَعْطَاهُ الْوَارِثُ جَازَ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ لَهُ حَدٌّ مَعْلُومٌ فِي اللَّغَةِ وَلَا فِي الشَّرْعِ ، وَهَذَا لَا خِلَافَ فِيهِ .

وَأَمَّا إِذَا أَوْصَى لَهُ بِسَهْمٍ مِنْ مَالِهِ : فَعِنْدَنَا لَا يُتَقَدَّرُ ذَلِكَ بِشَيْءٍ مَعْلُومٍ ، بَلْ أَيْ شَيْءٍ أَعْطَاهُ الْوَارِثُ قَبْلَ مِنْهُ .

وَقَالَ أَبُو يُونُسَ وَمُحَمَّدٌ : يَدْفَعُ إِلَيْهِ مِثْلُ نَصِيبِ أَقْلٍ وَرَثَتِهِ نَصِيباً ، مَا لَمْ يَكُنْ نَصِيبُ أَقْلٍ وَرَثَتِهِ أَقْلٌ مِنَ الثُّلْثِ ، فَإِنْ كَانَ أَقْلٌ مِنَ الثُّلْثِ . . أُعْطِيَ الثُّلْثَ .

وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَوَاتَانِ :

إِحْدَاهُمَا : ( أَنَّ لَهُ مِثْلَ أَحْسَنِّ وَرَثَتِهِ نَصِيباً ، مَا لَمْ يَكُنْ أَقْلٌ مِنَ السُّدُسِ ، فَإِنْ كَانَ أَقْلٌ مِنَ السُّدُسِ . . أُعْطِيَ السُّدُسَ ) .

وَالثَّانِيَةُ : ( أَنَّ لَهُ مِثْلَ أَحْسَنِّ وَرَثَتِهِ نَصِيباً ، مَا لَمْ يَزِدْ عَلَى السُّدُسِ ، فَإِنْ زَادَ عَلَى السُّدُسِ . . كَانَ لَهُ السُّدُسُ ) .

دَلِيلُنَا : أَنَّ السَّهْمَ لَا يُتَقَدَّرُ فِي اللَّغَةِ وَلَا فِي الشَّرْعِ بِشَيْءٍ مَعْلُومٍ .

وَلِهَذَا يُقَالُ : لَهُ فِي هَذِهِ الدَّارِ سَهْمٌ ، وَقَدْ يَكُونُ قَلِيلاً ، وَقَدْ يَكُونُ كَثِيراً ، فَهُوَ كَمَا لَوْ أَوْصَى لَهُ بِحِظٍّ أَوْ نَصِيبٍ مِنْ مَالِهِ .

**مَسْأَلَةٌ :** [أوصى لرجل بمثل نصيب وريثه الوحيد] :

إِذَا كَانَ لِرَجُلٍ ابْنٌ لَا غَيْرَ ، فَأَوْصَى لِرَجُلٍ بِمِثْلِ نَصِيبِ ابْنِهِ . . كَانَتِ الْوَصِيَّةُ بِنَصْفِ الْمَالِ ، فَتَلَزَمُ الْوَصِيَّةُ بِالثُّلْثِ ، وَتُوقَفُ الْوَصِيَّةُ بِالسُّدُسِ عَلَى إِجَازَةِ الْوَارِثِ . وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ .

وقال مالك : ( تكونُ الوصيةُ بجميعِ المالِ ، فيلزمُ في الثلثِ ويُوقَفُ في الثلثينِ على إجازةِ الوارثِ ) .

دليلنا : أنَّ قوله : أوصيتُ بمثلِ نصيبِ أبنِي ، يحتملُ أنَّه أرادَ : بمثلِ نصيبِ أبنِي لو لم أوصِ ، فتكونُ الوصيةُ بجميعِ المالِ .

ويحتملُ أنَّه أرادَ : بمثلِ نصيبِ أبنِي لو كانَ معه وارثاً ، فتكونُ الوصيةُ بالنصفِ . فإذا احتملَ هذينِ . . كانتِ الوصيةُ بالنصفِ ؛ لأنه يقينٌ ، ولأنَّه قد جعلَ لابنِهِ نصيباً ، وهذا يقتضي اشتراكَهُما .

وإن كانَ له أبنانٌ ، فقالَ : أوصيتُ لفلانٍ بمثلِ نصيبِ أبنِي ، أو أحدِ أبنِي . . كانتِ الوصيةُ بالثلثِ ؛ لأنَّ معناه مع دخولِ الموصي له مع ولديه ووجوبِ حقِّه في تركته ، فصارَ المالُ بينهم أثلاثاً .

فرعٌ : [أوصي بمثلِ نصيبِ أبنته الوحيدة] :

وإن كانَ له أبنَةٌ واحدةٌ ، فقالَ : أوصيتُ لفلانٍ بمثلِ نصيبِ أبنتي . . كانتِ الوصيةُ بالثلثِ<sup>(١)</sup> ؛ لأنَّ تقديرَ هذا : أنَّه يجعلُ الموصي له كأنَّه أبنَةٌ له أخرى ، ولو كانَ هناك أبنَةٌ أخرى . . لكانَ لهُما ثلثا المالِ وليتِ المالُ الثلثُ ، فكذلكَ هاهنا مثله .

فإن كانَ له ولدٌ خنثى لا غيرٌ ، فقالَ : أوصيتُ لفلانٍ بمثلِ نصيبِ ولدي . . أُعطي الموصي له الثلثُ ، والخنثى الثلثُ ، ووُقفَ الباقي :

فإن بانَ الخنثى امرأةً . . فقد استوفى الخنثى حقَّه والموصي له حقَّه .

وإن بانَ الخنثى رجلاً . . عَلِمنا أنَّ الوصيةَ وقعتْ في النصفِ ، فتُعتبرُ إجازةُ الابنِ في السدسِ .

(١) في حاشية نسخة : ( قال الشاشي : فيه وجهان : أحدهما : له الربع ، وهو نصف حصة البنت . والثاني : له الثلث وهو الصحيح ؛ لأنه جعله على البنت الواحدة كالبنت الثانية ، كما يكون مع الابن بمنزلة ابن آخر ) .

فرعٌ : [وصى بنصيب أبنين] :

وإن قال : أوصيتُ له بنصيبِ أبنِي . . فقد قال أبو حنيفة : ( الوصية باطلة ) .

وقال مالك : ( هو كما لو قال : أوصيتُ له بمثلِ نصيبِ أبنِي ) فتكونُ الوصيةُ عندهُ

بجميعِ المالِ .

وليسَ للشافعيَّ فيها نصٌّ .

وآختلفَ أصحابنا فيها :

فقالَ الشيخُ أبو حامدٍ ، وأكثرُ أصحابنا : هو كما قالَ أبو حنيفة ؛ لأنه أوصى له

بنصيبِ أبنِهِ ، ونصيبُهُ ما استحقَّه بوفاءِ أبيهِ ، فلا تصحُّ الوصيةُ به ، كما لو وصَّى بمالِ

لابنِهِ مِنْ غيرِ الميراثِ . ويفارقُ إذا أوصى له بمثلِ نصيبِ أبنِهِ ؛ لأنه أوصى له بقدرِ

نصيبِ أبنِهِ .

ومنهم مَنْ قالَ : هو كما لو أوصى له بمثلِ نصيبِ أبنِهِ ، فيكونُ موصياً له

بالنصفِ ؛ لأنَّ معناه يؤوَّلُ إلى معنى مثلِ نصيبِ أبنِهِ ، كما يقالُ للزوجةِ : لها مهرٌ

مِثلُها ، ولا يكونُ ذلكَ لها ، وإنَّما يكونُ لها مثلُ مهرِ مِثلِها .

وإن أوصى له بمثلِ نصيبِ أبنِهِ وليسَ له إلاَّ ابنٌ قاتِلٌ له ، أو مملوكٌ . . فالوصيةُ

باطلةٌ ؛ لأنه أوصى بمثلِ نصيبِ مَنْ لا نصيبَ له ، فهو كما لو أوصى بمثلِ نصيبِ أخيه

وله ابنٌ .

فرعٌ : [أوصى بمثلِ نصيبِ أحدِ أبنائِهِ] :

وإن كانَ له أولادٌ ذكورٌ ونساءٌ ، فأوصى لآخرٍ بمثلِ نصيبِ أحدِ أولادِهِ . . فإنَّه يدفعُ

إليه مثلُ نصيبِ بنتٍ ؛ لأنها أحدُ أولادِهِ .

فإن كانَ له أبنانٌ وبنْتٌ . . كانَ فريضةُهم مِنْ خَمسةٍ ، ويُزادُ للموصى له سهمٌ

سادسٌ .

وهكذا لو قالَ : أوصيتُ له بمثلِ نصيبِ أحدِ ورثتي . . أعطى الموصى له مثلَ

نصيبِ أقلِّ الورثةِ نصيباً ، مِنْ زوجةٍ أو غيره ؛ لأنه اليقينُ .



**مسألة :** [أوصى له بضعف نصيب أحد الورثة] :

وإن أوصى له بضعف نصيب أحد ورثته . . أعطى الموصى له مثلي نصيب أقل الورثة نصيباً .

فإن خلف بنتاً وبنت ابن وأختاً لأب وأم . . كان لابنة الابن السدس ، سهم من ستة ، فيزاد للموصى له مثلاً نصيبها - وهو سهمان - فتقسم التركة على ثمانية : للابنة ثلاثة ، وللأخت سهمان ، ولابنة الابن سهم ، وللموصى له سهمان .

وهذا قول كافة العلماء إلا أبا عبيد القاسم بن سلام فإنه قال : الضعف عبارة عن مثل الشيء مرة ؛ لقوله تعالى : ﴿ يَنْسَاءَ النَّبِيُّ مَنْ يَأْتِ مِنْكَ بِفَحِشَةٍ مُبَيَّنَةٍ يُضَعَّفَ لَهَا الْعَذَابُ ضِعْفَيْنِ ﴾ [الأحزاب : ٣٠] .

فلما ثبت بالإجماع أنه أراد بذلك حدّين . . علّم أنّ الضعفين عبارة عن مثلي الشيء ، وأنّ الضعف عبارة عن مثل الشيء .

ودليلنا : ما روي : ( أنّ عمر رضي الله عنه أضعف الصدقة على نصارى بني تغلب - أي : أخذ منهم مثلي ما يأخذ من المسلمين )<sup>(١)</sup> فعلم أنّ الضعف عبارة عن الشيء ومثله .

وأما الآية : فظاهرها أنه كان يجب عليهن ثلاثة حدود ، وإنما ترك ذلك بدليل وهو قوله تعالى : ﴿ وَمَنْ يَقْنُتْ مِنْكُنَّ لِلَّهِ وَرَسُولِهِ وَتَعَمَلْ صَالِحًا نُؤْتِهِنَّ أَجْرَهَا مَرَّتَيْنِ ﴾ [الأحزاب : ٣١] فلما جعل ثوابهن مثلي ثواب غيرهن . . لم يجر أن يكون عذابهن أكثر من مثلي عذاب غيرهن ؛ لأنّ جزاء السيئة لا يجوز أن يكون أكثر من جزاء الحسنة ؛ لأنّ الله أخبر أنه يُجازي بالحسنة عشر أمثالها ، ويُجازي بالسيئة مثلاً .

(١) أخرج خبر عمر عن داود بن كردوس ونعمان بن زُرعة وزياد بن جدير أبو عبيد في « الأموال » (٧٠) و(٧١) و(٧٢) في سنن الفقيه والخمس والصدقة ، والبيهقي في « السنن الكبرى » (٢١٦/٩) في الجزية ، باب : نصارى العرب تضعف عليهم الصدقة .

وإن قال : وصيتُ له بضعفي نصيبِ أحدِ ورثتي . . كان له ثلاثة أمثالِ نصيبِ أقلِّ ورثته نصيباً .

وقال أبو ثور : ( الضّعفانِ عبارةٌ عن أربعة أمثالِ نصيبِ أقلِّهم ) وهذا غلطٌ ؛ لأنَّ الضّعفَ لمَّا كان عبارةً عن الشيء ومثله . . كان الضّعفانِ عبارةً عن الشيء ومثليه .

فرعٌ : [الوصية لجماعة بوصايا مختلفة] :

إذا أوصى لجماعة بوصايا مختلفة ، ثمَّ قال : أوصيتُ لفلانٍ بمثلِ ما أوصيتُ به لأحدِ الناسِ . . أعطيَ مثلَ أقلِّهم وصيةً ؛ لأنَّه يقينٌ ، وما زاد فهو مشكوكٌ فيه .

مسألةٌ : [وصى لرجل بنصفِ ماله ولاخر بثلثه] :

إذا أوصى لرجل بنصفِ ماله ، ولاخر بثلثِ ماله ، فإنَّ أجازَ الورثة . . قُسمَتِ التركةُ على ستَّةِ أسهمٍ ، للموصي له بالنصفِ ثلاثة أسهمٍ ، وللموصي له بالثلثِ سهمانٍ ، وللورثة سهمٌ .

وإنَّ لم يُجيزوا . . قُسموا المالُ على خمسة عشرَ سهماً ، للورثة عشرةٌ ولصاحبِ النصفِ ثلاثةٌ ولصاحبِ الثلثِ سهمانٍ . وبه قال الحسنُ ، والنخعيُّ ، ومالكٌ ، وأبْنُ أبي ليلى ، وأبو يوسف ، ومحمَّدٌ ، وأحمدٌ ، وإسحاقٌ .

وقال أبو حنيفة : ( مَنْ أوصى له بزيادةٍ على الثلثِ . . سقطتِ الزيادةُ على الثلثِ ، وصارت بالثلثِ لا غيرُ ) وعلى هذا : يكونُ الثلثُ بينهما نصفينِ .

دليلنا : أنَّها وصايا لو كانت بالثلثِ فما دونَ وقُسمتْ . . لقُسمتْ على التفضيلِ . فإذا كانت أكثرَ مِنَ الثلثِ . . قُسمتْ على التفضيلِ ، كالوصايا المرسلَةِ ، وهو إذا وصَّى لرجلٍ بألفِ درهمٍ ، ولاخرَ بألفٍ ، ولاخرَ بخمسة مئةٍ ، وكانَ ماله ألفينِ . . فإنَّ أبا حنيفةً وافقنا إذا لم يُجزِ الورثة أنَّ الثلثَ يُقسَّمُ بينهم على التفضيلِ .

**فرعٌ :** [وصى لرجل بنصف ولا آخر بثلث ولا آخر بربع] :

وإذا أوصى لرجل بنصف ماله ، ولا آخر بثلث ماله ، ولا آخر بربع ماله : فإن أجاز الورثة الوصايا . . قُسمتِ التركة على ثلاثة عشر سهماً ؛ للموصى له بالنصف : ستة أسهم ، ولصاحب الثلث : أربعة ، ولصاحب الربع : ثلاثة ؛ لأن الوصايا ليست بأكّد من الموارِيث ، ثمّ التركة إذا ضاقت أُعيلت<sup>(١)</sup> بالسهم الزائد ، فالوصايا بذلك أولى .

وإن لم يُجيزوا . . قُسمَ الثلث على ثلاثة عشر سهماً على ما مضى . وعند أبي حنيفة : ( لا يضارب الموصى له بالنصف إلا بالثلث ) فتقسم التركة على أحد عشر سهماً ؛ للموصى له بالنصف : أربعة ، وللموصى له بالثلث : أربعة ، وللموصى له بالربع : ثلاثة . وقد مضى الدليل عليه .

وإن وصّى لرجل بجميع ماله ، ولا آخر بثلث ماله : فإن أجاز الوارث . . قُسمَ المال على أربعة أسهم ، للموصى له بجميع المال : ثلاثة ، وللموصى له بالثلث : سهم . وإن لم يُجزِ الورثة . . قُسمَ الثلث على أربعة .

وعند أبي حنيفة روايتان عند الإجازة :

إحداهما : كقولنا ، رواها عنه محمدٌ وأبو يوسف .

والأخرى - رواها عنه الحسن بن زياد - : ( أن المال بينهما عند الإجازة على ستة أسهم ، للموصى له بجميع : خمسة ، وللموصى له بالثلث : سهم ) .  
دليلنا : أن أقلّ مال له : ثلث ثلاثة ، وثلثه : سهم ، فقُسمَ على أربعة .

**فرعٌ :** [أوصى بمثل نصيب ابنه ثم لا آخر بمثل نصيبه] :

فإن كان لرجل ابنٌ واحدٌ لا غير ، فأوصى لرجل بمثل نصيب ابنه ، ثمّ أوصى لا آخر بمثل نصيبه أيضاً :

(١) العول : زيادة السهام على أجزاء أصل المسألة وارتفاعها . والعول مصدر عال يعول فهو لازم ، يقال : عالت الفريضة : إذا ارتفعت ، مأخوذ من قولهم : عال الميزان فهو عائل : أي مال وارتفع .

فَإِنْ أَجَازَ الْإِبْنُ لَهُمَا . . قُسِّمَ الْمَالُ بَيْنَهُمَا أَثْلَاثًا .

وَإِنْ لَمْ يُجِزْ لِوَاحِدٍ مِنْهُمَا . . قُسِّمَ الثُّلُثُ بَيْنَ الْمُوصِي لَهُمَا نَصْفَيْنِ .

وَإِنْ أَجَازَ لِأَحَدِهِمَا لَا غَيْرُ . . أُعْطِيَ مَنْ لَمْ يُجِزْ لَهُ سُدُسَ الْمَالِ ، وَقُسِّمَ الْبَاقِي بَيْنَ الْإِبْنِ وَالْمُوصِي لَهُ نَصْفَيْنِ . وَيَصْحُحُ مِنْ أَثْنِي عَشَرَ سَهْمًا ، لِلَّذِي لَمْ يُجِزْ لَهُ : سَهْمَانِ ، وَلِلْإِبْنِ : خَمْسَةٌ ، وَلِلَّذِي أَجَازَ لَهُ : خَمْسَةٌ .

فَإِنْ أَجَازَ الْإِبْنُ لِلثَّانِي بَعْدَ ذَلِكَ . . ضُمَّ السَّهْمَانِ اللَّذَانِ فِي يَدِ الْمُوصِي لَهُ إِلَى الْخَمْسَةِ الَّتِي بِيَدِ الْإِبْنِ فَتَصِيرُ سَبْعَةً ، وَتُقَسَّمُ بَيْنَ الْإِبْنِ وَالَّذِي أَجَازَ لَهُ ثَانِيًا نَصْفَيْنِ . وَتَصْحُحُ الْمَسْأَلَةُ مِنْ أَرْبَعَةٍ وَعِشْرِينَ ، لِلَّذِي أَجَازَ لَهُ أَوَّلًا : عَشْرَةٌ ، وَلِلْإِبْنِ : سَبْعَةٌ ، وَلِلَّذِي أَجَازَ لَهُ آخِرًا : سَبْعَةٌ .

فَرْعٌ : [أَوْصَى بِثُلْثِ مَالِهِ لِأَجْنَبِيٍّ وَلِوَارِثٍ] :

إِذَا أَوْصَى بِثُلْثِ مَالِهِ لِأَجْنَبِيٍّ وَلِوَارِثٍ لَهُ : فَإِنْ أَجَازَ بَاقِيَ الْوَرِثَةِ وَصِيَّةَ الْوَارِثِ . . قُسِّمَ الثُّلُثُ بَيْنَهُمَا نَصْفَيْنِ . وَإِنْ رَدُّوا وَصِيَّةَ الْوَارِثِ . . كَانَ لِلْأَجْنَبِيِّ نَصْفُ الثُّلْثِ ؛ لِأَنَّ الْوَرِثَةَ لَمَّا أَبْطَلُوا وَصِيَّةَ الْوَارِثِ . . صَارَ كَأَنَّهُ لَمْ يَوْصَ إِلَّا بِالسُّدُسِ لِلْأَجْنَبِيِّ .

فَإِنْ كَانَ لَهُ أَبْنَانُ ، فَأَوْصَى لِأَحَدِهِمَا بِثُلْثِ مَالِهِ ، وَلِأَجْنَبِيٍّ بِثُلْثِ مَالِهِ : فَإِنْ أَجَازَ الْإِبْنُ الْآخَرَ الْوَصِيَّتَيْنِ . . كَانَ لِلْأَجْنَبِيِّ الثُّلُثُ ، وَلِلْإِبْنِ الْمُوصِي لَهُ الثُّلُثُ بِالْوَصِيَّةِ ، وَفِي الثُّلْثِ الْبَاقِي وَجْهَانِ :

الصَّحِيحُ : أَنَّهُ بَيْنَ الْإِبْنِ الْمُوصِي لَهُ وَبَيْنَ الثَّانِي نَصْفَيْنِ .

وَالثَّانِي : أَنَّهُ لِلْإِبْنِ الَّذِي لَمْ يَوْصَ لَهُ .

وَإِنْ رَدَّ الْإِبْنُ الْوَصِيَّةَ فِي أَحَدِ الثُّلَاثِينَ ، وَأَجَازَ الْآخَرَ . . كَانَ الثُّلُثُ الْبَاقِي بَيْنَ الْأَجْنَبِيِّ وَالْإِبْنِ الْمُوصِي لَهُ نَصْفَيْنِ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا أَوْصَى لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِثُلْثِ مَالِهِ . . لَمْ تَقُلْ : إِنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنَ الثُّلَاثِينَ مُوصَى بِهِ لِأَحَدِهِمَا ، بَلْ كُلُّ ثَلَاثٍ مِنَ الثُّلَاثِينَ مُوصَى بِهِ لَهُمَا . فَإِذَا لَمْ تَصَحَّ الْوَصِيَّةُ فِي غَيْرِ ذَلِكَ الثُّلْثِ كَانَ بَيْنَهُمَا نَصْفَيْنِ ؛ لِأَنَّهُ مُوصَى بِهِ لَهُمَا .

فَإِنْ رَدَّ الابْنُ أَحَدَ الثَّلَاثِينَ وَنَصَفَ الْآخَرَ فِي حَقِّ الابْنِ الْآخَرِ . . . بَطَلَتْ الْوَصِيَّةُ فِيهِ ، وَبَقِيَ لِلْأَجْنَبِيِّ السُّدُسُ لَا غَيْرُ .

هَكَذَا ذَكَرَهَا الشَّيْخُ أَبُو حَامِدٍ فِي « التَّعْلِيقِ » ، وَالْمَحَامِلِيُّ فِي « الْمَجْمُوعِ » .  
وَإِنْ رَدَّ الابْنُ الْوَصِيَّةَ فِي الثَّلَاثِ الَّذِي لِلابْنِ . . . فَكَمْ يَسْتَحِقُّ الْأَجْنَبِيُّ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ ،  
حَكَاهُمَا ابْنُ الصَّبَّاحِ :

أَحَدُهُمَا - وَهُوَ قَوْلُ الْقَاضِي أَبِي الطَّيِّبِ - : أَنَّهُ لَا يَسْتَحِقُّ إِلَّا السُّدُسَ فَقَطْ ؛ لِأَنَّ  
الابْنَ الْمَوْصِيَّ لَهُ يَزَاحِمُهُ عِنْدَ الْإِجَازَةِ ، فَيَكُونُ لَهُ السُّدُسُ ، وَلِلْأَجْنَبِيِّ السُّدُسُ ، فَإِذَا  
رَدَّ الابْنُ وَصِيَّةَ أَخِيهِ . . . بَقِيَ لِلْأَجْنَبِيِّ السُّدُسُ .

وَالثَّانِي - وَهُوَ قَوْلُ أَبِي الْعَبَّاسِ ابْنِ سُرَيْجٍ ، وَلَمْ يُذَكِّرْ فِي « الْإِبَانَةِ » وَ« الْعُدَّةِ » غَيْرُهُ  
- : أَنَّ لَهُ الثَّلَاثَ .

قَالَ الشَّيْخُ أَبُو حَامِدٍ : كُنْتُ أَجِدُ<sup>(١)</sup> أَنَّ لَهُ السُّدُسَ ، ثُمَّ رَأَيْتُ ظَاهِرَ كَلَامِ الشَّافِعِيِّ أَنَّ  
لَهُ الثَّلَاثَ ؛ لِأَنَّ الْمَوْصِيَّ لَمْ يَرْضَ بِإِخْرَاجِ دُونَ الثَّلَاثِ ، فَلَا يَمْلِكُ الْوَارِثُ إِسْقَاطَ حَقِّهِ  
مِنَ الثَّلَاثِ ، وَلِأَنَّ الْمَزَاحِمَةَ بِالْبَاطِلِ لَا تَمَكُنُ ، وَمَا لِلْأَجْنَبِيِّ وَحْدَهُ لَمْ يَجَاوِزِ الثَّلَاثَ ،  
فَتَمَّ لَهُ ذَلِكَ .

فَإِنْ أَوْصَى لِأَجْنَبِيٍّ بِثَلَاثِ مَالِهِ ، وَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْ أَبْنِيهِ بِثَلَاثِ مَالِهِ ، وَأَجَازَ كُلُّ وَاحِدٍ  
مِنْهُمَا لِصَاحِبِهِ ، وَلَمْ يُجِزَا لِلْأَجْنَبِيِّ . . . فَالصَّحِيحُ أَنَّ لِلْأَجْنَبِيِّ ثَلَاثَ مَالِهِ ، وَلَا مَعْنَى  
لِقَوْلِهِمَا : لَا نُجِيزُ .

وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرُ : أَنَّ الْأَجْنَبِيَّ لَيْسَ لَهُ إِلَّا ثَلَاثُ الثَّلَاثِ ؛ لِأَنَّ الثَّلَاثَ كَانَ بَيْنَهُمْ أَثَلَاثًا .

وَإِنْ أَوْصَى لِأَجْنَبِيٍّ بِنَصْفِ مَالِهِ ، وَلِأَحَدِ أَبْنِيهِ بِالنَّصْفِ ، فَأَجَازَ الْإِبْنَانِ الْوَصِيَّةَ  
لِلْأَجْنَبِيِّ ، وَأَجَازَ الابْنُ الَّذِي لَمْ يَوْصَ لَهُ لِأَخِيهِ . . . فَفِيهِ وَجْهَانِ ، حَكَاهُمَا الْقَفَّالُ :

أَحَدُهُمَا : أَنَّ لِلْأَجْنَبِيِّ النِّصْفَ ، وَلِلابْنِ الْمَوْصِيَّ لَهُ الثَّلَاثَ وَنَصْفَ السُّدُسِ -  
وَهُمَا : خَمْسَةٌ مِّنْ أَثْنِي عَشَرَ - وَيَبْقَى لِلابْنِ الَّذِي لَمْ يَوْصَ لَهُ نَصْفُ السُّدُسِ - وَهُوَ :

(١) فِي ( م ) : ( أَحْكِي ) .



سهمٌ من اثني عشر - لأنه لو لم يوص إلا للأجنبي . . لاستحق الثلث بغير إجازة منهما ، وأستحق كل واحد من الاثنين الثلث ، فلمَّا وصَّى للأجنبي بالنصف ، وللابن بالنصف . . علمنا أنه وصَّى للأجنبي سدس لا يستحقُّه إلا بالإجازة من حقَّ الابنين الموصى له وغير الموصى له ، فأستحقَّه الأجنبي بإجازتهما له ذلك . وعلمنا أنه وصَّى لابنه سدس زائد على ثلثه المستحق له بالإرث من حقَّ أخيه ، ولا يستحقُّه إلا بإجازة أخيه ، وقد أجازته ، فإذا أجاز للأجنبي نصف السدس ، ولأخيه السدس . . بقي له نصف السدس .

والوجه الثاني - ولم يذكر ابن اللبان غيره - : أنَّ النصف للأجنبي ، وللابن الموصى له النصف ، ولا شيء للابن المجيز ، كما لو لم يكن له إلا ابن واحد وأوصى لأجنبيين ، لكل واحد منهما بنصف ماله ، وأجاز الابن الوصيتين .

قال القفال : وأصل هذين الوجهين إنما هما إذا قلنا : تجوز الوصية للوارث . . فلاي معنى جازت ؟ فيه وجهان :  
أحدهما : لأنه ألحقها بالأجنبي .

والثاني : لأنه قصد تفضيله على سائر الورثة .

فإذا قلنا : لأنه ألحقه بالأجنبي . . أستحق الابن الموصى له هاهنا النصف ، والأجنبي النصف .

وإذا قلنا : لأنه قصد تفضيله . . أستحق هاهنا ثلثاً ونصف سدس ، وأستحق الذي لم يوص له نصف سدس ، وقد حصل له التفضيل بالثلث .

قال القفال : وهكذا لو أوصى لأحد أبنيه بنصف ماله ، وأجاز له أخوه :

فإن قلنا : لأنه ألحقه بالأجنبي . . كان النصف له بالوصية ، والنصف الآخر بينه وبين أخيه .

وإن قلنا : لأنه قصد تفضيله . . فلا فائدة له في هذه الوصية .

قال المسعودي [في «الإبانة»] : بل يجب أن يُقاسمه بالنصف الباقي هاهنا على المعنيين ؛ لأنه لا يحصل التفضيل إلا بذلك .

وإن أوصى لأحد أبنيه بثلثي ماله ، وأجاز له الآخر :

فإن قلنا : لأنه ألحقه بالأجنبي . . استحقَّ الثلثين بالوصية ، وقاسم أخاه بالثلث الباقي .

وإن قلنا : لأنه قصد تفضيله . . لم يُقاسم أخاه في الثلث الباقي ؛ لأنَّ التفضيل قد حصل .

وإن كان له ابنٌ وأبنةٌ ، فأوصى لابنته بنصف ماله ، وأجاز الابنُ الوصيةَ لها :

فإن قلنا : لأنه ألحقها بالأجنبي . . استحقَّت النصفَ بالوصية ، وقاسمت أخاها في النصف الثاني ، فيحصل لها ثلثا المال .

وإن قلنا : لأنه قصد تفضيلها . . لم تُقاسم أخاها في النصف الثاني .

قال ابنُ اللبان : فإن أوصى لأحد أبنيه بالنصف ، ولأجنبي بالنصف ، فأجاز الابنُ الذي لم يوص له الوصيتين ، ولم يُجزِ الابنُ الموصى له للأجنبي . . كان للأجنبي ثلثُ المالِ بغيرِ إجازة ، وله نصفُ السدسِ بإجازة الابنِ المجيز له ، وللابنِ الموصى له بالنصفِ النصفُ بالوصية ، ونصفُ سدسٍ من النصفِ الموصى به للأجنبي من حقه ، فيصيرُ له سبعةٌ من اثني عشر . وهذا بناء على أصله .

قال ابنُ اللبان : ولو أوصى للأجنبي بثلث ماله ، ولوارث بجميع ماله ، فأجاز الورثة . . فللأجنبي الثلثُ كاملاً ؛ لأنه أحقُّ به ، ولوارث الموصى له الثلثان .

وإن لم يُجزِ الورثة ما جاوز الثلث . . فالثلثُ كله للأجنبي ، ولا شيء للوارث الموصى له .

قال : وإن أوصى لأجنبي بنصف ماله ، ولوارث بجميع ماله ، فأجاز الورثة . . فللأجنبي الثلثُ ؛ لأنه أحقُّ به من الوارث ، ويبقى من وصيته السدسُ يُضربُ به في الثلثين ، ويضربُ الموصى له في الثلثين بنصيبه - وهو : ستة أسهم - فيقتسمان الثلثين على سبعة أسهم ؛ للوارث : ستة أسباع الثلثين ، وللأجنبي : سبعة الثلثين . وتصحُّ الفريضة من أحدٍ وعشرين .

قَالَ : فَإِنْ أَوْصَى لِأَحَدِ أَبْنِيهِ بِنَصْفِ مَالِهِ ، وَلِأَجْنَبِيٍّ بِنَصْفِ مَالِهِ ، وَلِأَجْنَبِيٍّ آخَرَ بِثُلْثِ مَالِهِ ، وَأَجَازَ الْإِبْنَانِ . . فَإِنَّ ثُلْثَ التَّرَكَةِ لِلْأَجْنَبِيِّينَ لَا يُضَارِبُهُمَا فِيهِ الْوَارِثُ ، وَيَبْقَى مِنْ وَصِيَّتِهِمَا النِّصْفُ ، وَلِلْإِبْنِ الْمَوْصِي لَهُ مِثْلُ مَا بَقِيَ لَهُمَا ، فَيُضَارِبُهُمَا الْإِبْنُ الْمَوْصِي لَهُ فِي ثُلْثِي التَّرَكَةِ نِصْفَيْنِ ، فَيَحْصِلُ لِلْإِبْنِ الْمَوْصِي لَهُ ثُلْثٌ ، وَلِلْأَجْنَبِيِّينَ ثُلْثٌ ، فَيُضَمَّانِهِ إِلَى الثُّلْثِ الْأَوَّلِ ، فَيَحْصِلُ لَهُمَا الثُّلَاثَانِ ، وَيَقْتَسِمَانِ ذَلِكَ عَلَى قَدَرِ وَصِيَّتِهِمَا - وَهِيَ : خَمْسَةُ أَصْهُمٍ - لِلْمَوْصِي لَهُ بِالنِّصْفِ : ثَلَاثَةُ أَصْهُمٍ ، وَلِلْمَوْصِي لَهُ بِالثُّلْثِ : سَهْمَانِ . وَتَصْخُّ الْمَسْأَلَةُ مِنْ خَمْسَةِ عَشَرَ ، لِلْإِبْنِ الْمَوْصِي لَهُ : خَمْسَةٌ ، وَلِلْمَوْصِي لَهُ بِالنِّصْفِ : سِتَّةٌ ، وَلِلْمَوْصِي لَهُ بِالثُّلْثِ : أَرْبَعَةٌ .

**مَسْأَلَةٌ :** [أَوْصَى لِفُلَانٍ بِرَقِيقٍ] :

إِذَا قَالَ : أَوْصَيْتُ لِفُلَانٍ بِرَأْسٍ مِنْ رَقِيقِي ، أَوْ قَالَ : أَعْطَوهُ رَأْسًا مِنْ رَقِيقِي - وَلَهُ رَقِيقٌ - أَعْطَاهُ الْوَارِثُ مَا شَاءَ مِنْهُمْ صَغِيرًا كَانَ أَوْ كَبِيرًا ، ذَكَرًا أَوْ أُنْثَى ، سَلِيمًا أَوْ مَعِيْبًا ؛ لِأَنَّ أَسْمَ الرَّقِيقِ يَقَعُ عَلَيْهِ .

وَهَلْ يَجُوزُ أَنْ يَدْفَعَ إِلَيْهِ خُنْثَى مُشْكَلًا ؟ فِيهِ وَجْهَانِ :

أَحَدُهُمَا : يَجُوزُ ؛ لِأَنَّ أَسْمَ الرَّقِيقِ يَقَعُ عَلَيْهِ .

وَالثَّانِي : لَا يَجُوزُ ؛ لِأَنَّ إِطْلَاقَ أَسْمِ الرَّقِيقِ لَا يَنْصَرِفُ إِلَيْهِ .

فَإِنْ أَرَادَ الْوَارِثُ أَنْ يَشْتَرِيَ لَهُ رَأْسًا مِنَ الرَّقِيقِ ، وَيَدْفَعَهُ إِلَيْهِ ، وَيَتَمَلَّكَ مَا خَلْفَهُ الْمَوْصِي . . لَمْ يَكُنْ لَهُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ تَعَيَّنَتْ فِي رَقِيقِ الْمَوْصِي .

فَإِنْ مَاتَ رَقِيقُ الْمَوْصِي إِلَّا وَاحِدًا مِنْهُمْ . . لَزِمَ الْوَارِثُ دَفْعُهُ إِلَى الْمَوْصِي لَهُ وَإِنْ كَانَ أَنْفَسَ الرَّقِيقِ ؛ لِأَنَّهُ تَعَيَّنَ لِلْوَصِيَّةِ .

وَإِنْ مَاتُوا كُلُّهُمْ قَبْلَ مَوْتِ الْمَوْصِي أَوْ بَعْدَ مَوْتِهِ مِنْ غَيْرِ تَفْرِيطٍ مِنَ الْوَارِثِ . . بَطُلَتْ الْوَصِيَّةُ ؛ لِأَنَّهُمْ إِذَا مَاتُوا قَبْلَ مَوْتِ الْمَوْصِي . . فَقَدْ جَاءَ وَقْتُ لُزُومِ الْوَصِيَّةِ وَلَا رَقِيقَ لَهُ ، وَإِذَا مَاتُوا بَعْدَ مَوْتِهِ . . فَقَدْ تَلَفُوا عَلَى الْوَارِثِ وَعَلَى الْمَوْصِي لَهُ بِغَيْرِ تَفْرِيطٍ مِنْ أَحَدٍ ، فَهُوَ كَالْمَالِ بَيْنَ الشَّرِيكَيْنِ .

وإن قُتِلُوا كُلُّهُمْ : فإن كان قَبْلَ موتِ الموصي . . بَطَلَتِ الوصِيَّةُ ؛ لأنَّه جاءَ وَقْتُ لُزومِ الوصِيَّةِ ولا رقيقَ لَهُ . وإن كانَ بعدَ موتِ الموصي . . لَمْ تَبْطُلِ الوصِيَّةُ ، وكانَ للوارثِ أَنْ يُعَيِّنَ لَهُ قِيمةً أَتَيْهِمْ شَاءَ وإن كانَ أَقلَّهم قِيمةً ؛ لأنَّ القِيمةَ تقومُ مَقامَهُمْ .

وإن قُتِلُوا إِلَّا وَاحِداً مِنْهُمْ قَبْلَ موتِ الموصي . . قالَ أَبُو إِسْحاقَ : لَزِمَ الوارثُ تَسْلِيمُهُ إِلَى الموصي لَهُ وإن كانَ أَفضَلَهُمْ ؛ لأنَّه تَعَيَّنَ لِلوصِيَّةِ ، فَهُوَ كَمَا لو ماتوا إِلَّا وَاحِداً مِنْهُمْ .

فإن قُتِلُوا بعدَ موتِ الموصي إِلَّا وَاحِداً مِنْهُمْ ، فَقَالَ الوارثُ : أَنَا أُعْطِيهِ قِيمةً وَاحِدٍ مِنْهُمْ ولا أُسَلِّمُ الباقِي مِنْهُمْ . . لَمْ يَكُنْ لَهُ ذَلِكَ ؛ لأنَّ الموصيَ إِنَّمَا أَوْصَى لَهُ بِرَأْسٍ مِنْ رَقِيقِهِ ، فما دَامَ هُنَاكَ وَاحِدٌ مِنْهُمْ . . فَاسْمُ الرقيقِ موجودٌ فِيهِ ، فلا يجوزُ العُدُولُ عَنْهُ إِلَى القِيمةِ .

وإن قالَ : أَعْطَوهُ رَأْساً مِنْ رَقِيقِي ، فماتَ ولا رقيقَ لَهُ ، أو قالَ : أَعْطَوهُ عَبْدِي الحَبْشِيِّ ، وَلَيْسَ لَهُ عَبْدٌ حَبْشِيٌّ . . لَمْ تَصَحَّ الوصِيَّةُ ؛ لأنَّه أَوْصَى لَهُ بِمَا لَا يَمْلِكُهُ .

وإن قالَ : أَعْطَوهُ رَأْساً مِنْ الرقيقِ ، أو مِنْ مَالِي ، فماتَ ولا رقيقَ لَهُ . . اشْتَرَى لَهُ رَأْسٌ مِنَ الرقيقِ ؛ لأنَّه لَمْ يُضَفْ ذَلِكَ إِلَى رَقِيقِهِ ، وَإِنَّمَا أَضَافَهُ إِلَى مَالِهِ ، وما اشْتَرَى مِنْ ثُلْثِهِ . . فَهُوَ مِنْ مَالِهِ .

مَسْأَلَةٌ : [وَصَّى بِعَتَقِ أَحَدِ رَقِيقِهِ] :

إذا قالَ : أَعْتَقُوا عَنِّي أَحَدَ رَقِيقِي ، وَلَهُ رَقِيقٌ . . أَعْتَقَ عَنْهُ الوارثُ ما شاءَ مِنْهُمْ ، وإن كانَ أَقلَّهم قِيمةً .

وإن قالَ : أَعْتَقُوا عَنِّي عَبْدًا . . اشْتَرَى لَهُ مِنْ ثُلْثِهِ عَبْدٌ وَأَعْتَقَ عَنْهُ ، صَغِيرًا كَانَ أَوْ كَبِيرًا ، مُسْلِمًا أَوْ كَافِرًا . ولا يجوزُ عَتَقُ أَمَةٍ ولا خَتْنِي مُشْكِلي ؛ لأنَّه لا يَقَعُ عَلَيْهِمَا أَسْمُ الْعَبْدِ .

وإن كان هناك خنثى مشكل زال إشكاله ، وبأن أنه رجل . . فهل يُجزى عتقه عن الوصية ؟ فيه وجهان :

أحدهما : يجرى ؛ لأنه عبد .

والثاني : لا يُجرى ؛ لأنه لا يدخل في إطلاق اسم العبيد .

وهل يُجزى إطلاق عبد معيب لا يُجزى في الكفارة ؟ فيه وجهان :

أحدهما : لا يُجرى ؛ لأن العتق في الشرع له عرف ، وهو : السليم ، فحمل مُطلق كلام الآدمي عليه .

والثاني : يُجرى ، وهو المشهور ؛ لأنه يقع عليه اسم العبد ، فهو كالوصية بالعبد لرجل .

فرع : [أوصى بعبد قيمته مئة ولا مال له غيره] :

وإن كان له عبد قيمته مئة ، لا مال له غيره ، فأعتقه في مرض موته ، أو أوصى أن يُعتق عنه . . لزم العتق في ثلثه ، فإن أجاز الورثة العتق في ثلثه . . عتق جميعه .

فإن قلنا : إن إجازة الورثة تنفيذ لما فعله مورثهم . . كان ولاء جميع العبد للموروث .

وإن قلنا : إن إجازتهم ابتداء عطية منهم . . كان ولاء ثلث العبد للموروث ، وولاء ثلثه للورثة . هذا قول عامة أصحابنا .

وقال ابن اللبان : يحتمل أن يكون ولاء جميع العبد للموروث على القولين ؛ لأننا وإن قلنا : إنه ابتداء عطية<sup>(١)</sup> من الورثة ، فإنهم أعتقوه عن الميت بإذنه ، ومن أعتق عبداً عن غيره بإذنه . . كان ولاؤه للمعتق عنه . فإن ظهر بعد ذلك على الميت مئة دين عليه . . قال الشيخ أبو حامد : بطل العتق في جميع العبد ؛ لأن الوصية إنما تُنفذ في ثلث ما يفضل بعد الدين ، فيرق العبد ويباع في الدين .

(١) في (م) : (عتق) .



وإنَّ ظَهَرَ عَلَى الْمَيِّتِ خَمْسُونَ دِينَ . . بَطَلَ الْعَتَقُ فِي نَصْفِ الْعَبْدِ لِأَجْلِ الدَّيْنِ ، وَلَزِمَ الْعَتَقُ فِي نَصْفِهِ ؛ لِأَنَّ الْوَارِثَ قَدْ أَجَاذَهُ .

وإنَّ لَمْ يُجْزِ الْوَرِثَةُ الْعَتَقَ فِي ثُلَاثِهِ . . عَتَقَ ثُلَاثُهُ ، وَرُقَّ ثَلَاثُهُ لِلْوَرِثَةِ . فَإِنْ ظَهَرَ عَلَى الْمَيِّتِ مِنَ الدَّيْنِ مِئَةٌ . . بَطَلَ الْعَتَقُ فِي ثُلَاثِهِ ، وَبَيَّعَ فِي الدَّيْنِ . وَإِنْ ظَهَرَ عَلَيْهِ مِنَ الدَّيْنِ خَمْسُونَ . . بَيَّعَ نَصْفُهُ فِي الدَّيْنِ ، وَعَتَقَ سُدُسُهُ ، وَرُقَّ لِلْوَرِثَةِ ثُلَاثُهُ .

فَرَعٌ : [أوصى بشراء عبد وعتقه بماله ثم وجد دين مستغرق] :

وإنَّ كَانَ لَهُ مِئَةُ دَرَاهِمٍ لَا يَمْلِكُ غَيْرَهَا ، فَأَوْصَى أَنْ يُشْتَرَى لَهُ عَبْدٌ بِمِئَةٍ وَيُعْتَقَ ، وَأَجَاذَ الْوَرِثَةُ الْوَصِيَّةَ ، فَأَشْتَرَى الْوَصِيُّ لَهُ عَبْدًا بِمِئَةٍ وَأَعْتَقَهُ عَنْهُ ، ثُمَّ ظَهَرَ عَلَى الْمَيِّتِ مِئَةُ دِينَ ، فَإِنْ كَانَ الْوَصِيُّ قَدْ أَشْتَرَى الْعَبْدَ بَعَيْنِ الدَّرَاهِمِ . . بَطَلَ الشَّرَاءُ ؛ لِأَنَّهُ أَشْتَرَى لغيرِهِ مَا لَا يَقَعُ لَهُ فَوْقَ لِنَفْسِهِ ؛ لِأَنَّهُ أَشْتَرَاهُ بِمَالٍ تَعَلَّقَ بِهِ حَقُّ الْغَرْمَاءِ ، وَلَمْ يَصَحَّ الْعَتَقُ ؛ لِأَنَّهُ عَلَى مِلْكِ الْبَائِعِ .

وإنَّ أَشْتَرَاهُ الْوَصِيُّ بِمِئَةٍ فِي ذِمَّتِهِ ، وَنَقَدَ الْمِئَةَ الَّتِي خَلَفَهَا الْمَوْصِي فِي ثَمَنِ الْعَبْدِ . . صَحَّ الشَّرَاءُ ؛ لِأَنَّهُ أَشْتَرَاهُ فِي ذِمَّتِهِ ، وَوَقَعَ الْعَتَقُ عَنِ الْمَيِّتِ ؛ لِأَنَّهُ أَعْتَقَهُ عَنْهُ بِإِذْنِهِ ، وَيُضْمَنُ الْوَصِيُّ الْمِئَةَ الَّتِي نَقَدَهَا مِنْ مَالِ الْمَيِّتِ ؛ لِأَنَّهُ نَقَدَهَا ، وَحَقُّ الْغَرْمَاءِ مُتَعَلِّقٌ بِهَا فَضْمَنَهَا لِلْغَرْمَاءِ .

فَرَعٌ : [أوصى بعتق رقاب] :

إِذَا أَوْصَى أَنْ يُعْتَقَ عَنْهُ رِقَابٌ . . أُعْتِقَ عَنْهُ ثَلَاثٌ ؛ لِأَنَّ الرِّقَابَ أَسْمُ جَمْعٍ ، وَأَقْلُ الْجَمْعِ ثَلَاثَةٌ . فَإِنْ لَمْ يَحْتَمِلِ الثُّلُثُ عَتَقَ ثَلَاثَ رِقَابٍ ، وَأَحْتَمَلَ عَتَقَ رِقَبَتَيْنِ لَا غَيْرَ ، أَوْ أَقْلَ . . أُعْتِقَ عَنْهُ مَا أَحْتَمَلَهُ الثُّلُثُ . وَإِنْ بَقِيَ مِنَ الثُّلُثِ شَيْءٌ بَعْدَ الرَّقَبَتَيْنِ : فَإِنْ لَمْ يُمَكَّنْ أَنْ يَشْتَرِيَ بِمَا بَقِيَ بَعْضَ الثَّالِثَةِ . . زِيدَ فِي ثَمَنِ الرَّقَبَتَيْنِ . وَإِنْ أَمَكَّنَ أَنْ يُشْتَرَى بِمَا بَقِيَ بَعْضُ الثَّالِثَةِ . . فَفِيهِ وَجْهَانِ :

[أحدهما] : قَالَ أَبُو إِسْحَاقَ : يَشْتَرِي بِهِ جُزْءًا مِنْ رَقَبَةٍ ثَالِثَةٍ ؛ لِأَنَّهُ أَقْرَبُ إِلَى الْعَدَدِ

الْمَوْصِي بِهِ .

و[الثاني] : قال أبو العباس وأكثُر أصحابنا : بل يُزادُ ذلك في ثمنِ الرقبتين ، وهو المذهب ؛ لما روي : أنَّ النبي ﷺ سئلَ عَنْ أَفْضَلِ الرِّقَابِ ؟ فَقَالَ : « أَكْثَرُهَا ثَمَنًا ، وَأَنْفُسُهَا عِنْدَ أَهْلِهَا » <sup>(١)</sup> .

فإذا قلنا بهذا : فأشترى أنفُسَ رَقَبَتَيْنِ بثمانٍ ، وبقيَ مِنَ الثُّلْثِ بَقِيَّةٌ لَا تَبْلُغُ ثَمَنَ الثالثة :

قال المسعودي [في « الإبانة »] : بَطَلَتِ الوَصِيَّةُ فِي الْبَقِيَّةِ ، وَرُدَّتْ إِلَى الْوَرِثَةِ .  
إذا ثَبَتَ هَذَا : فَقَدْ قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي « الْأُمِّ » : ( قَالَ لِي قَائِلٌ :  
الاسْتِرْخَاصُ مَعَ الْاسْتِكْثَارِ أَحَبُّ إِلَيْكَ ، أَمْ الْاسْتِغْلَاءُ مَعَ الْاسْتِقْلَالِ ؟ قُلْتُ :  
الاسْتِرْخَاصُ مَعَ الْاسْتِكْثَارِ ) .

ومعناه : أَنَّهُ إِذَا أَمَكَّنَهُ أَنْ يَشْتَرِيَ خَمْسَةَ أَوْسَاطٍ بِثَمَنِ ثَلَاثَةِ جِيَادٍ . . كَانَ الْخَمْسُ أَوْلَى ؛ لِقَوْلِهِ ﷺ : « مَنْ أَعْتَقَ رَقَبَةً مُؤْمِنَةً . . أَعْتَقَ اللَّهُ بِكُلِّ عَضْوٍ مِنْهَا عَضْوًا مِنْ أَعْضَائِهِ مِنْ النَّارِ حَتَّى فَرَجَهُ بِفَرَجِهِ » <sup>(٢)</sup> ومعلوم أَنَّهُ إِذَا أُعْتِقَ خَمْسَ مَرَاتٍ مِنَ النَّارِ . . كَانَ خَيْرًا مِمَّا دُونَهَا .

(١) أخرجه عن عائشة الصديقة مالك في « الموطأ » ( ٧٧٩ / ٢ - ٧٨٠ ) .  
وأخرجه عن أبي ذر البخاري ( ٢٥١٨ ) في العتق ، ومسلم ( ٨٤ ) في الإيمان ، والبيهقي في « السنن الكبرى » ( ٢٧٣ / ٦ ) في الوصايا .

(٢) أخرجه عن أبي هريرة أحمد في « المسند » ( ٤٢٠ / ٢ ) ، والبخاري ( ٢٥١٧ ) في العتق و ( ٦٧١٥ ) في الكفارات ، ومسلم ( ١٥٠٩ ) ( ٢٢ ) في العتق ، والترمذي ( ١٥٤١ ) في النذور والأيمان ، وابن الجارود في « المنتقى » ( ٩٦٨ ) ، والبيهقي في « السنن الكبرى » ( ٢٧٣ / ٦ ) ( ٢٧٢ / ١٠ ) في الوصايا .

قال الترمذي : هَذَا حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ غَرِيبٌ مِنْ هَذَا الْوَجْهِ . وَفِي الْبَابِ :  
عن عائشة ، وعمرو بن عبسة ، وابن عباس ، وأبي أمامة ، وعقبة بن عامر ، وكعب بن مرة .

وعن واثلة بن الأسقع رواه أبو داود ( ٣٩٦٤ ) في العتق .  
وعن عمرو بن عبسة رواه أبو داود ( ٣٩٦٥ ) مطولاً ، والنسائي في « الصغرى » ( ٣١٤٢ ) في الجهاد .

**مسألة :** [كاتب أو أوصى بالمكاتبة عند موته] :

وإن كاتب عبداً له في مرض موته ، أو أوصى أن يكاتب . . أعتبرت قيمة العبد من الثلث ؛ لأن ما يأخذه منه من العوض من كسب عبده ، فهو كما لو أعتقه ، أو أوصى بعتقه بغير عوض .

إذا ثبت هذا : فإن وصى أن يكاتب عبداً . . لم تكاتب أمة ، ولا خنثى مشكلاً . وإن وصى أن تكاتب أمة . . لم يكاتب عبداً ، ولا خنثى مشكلاً . وإن أوصى أن يكاتب أحد رقيقه . . جاز أن يكاتب عبداً أو أمة من رقيقه . وهل يجوز أن يكاتب خنثى مشكلاً ؟ قال المزني : يجوز .

وقال الربيع : لا يجوز .

فمن أصحابنا من قال : الصحيح ما قاله المزني ؛ لأن الخنثى يقع عليه اسم الرقيق . ومنهم من قال : الصحيح ما قاله الربيع ؛ لأن الخنثى لا تدخل في إطلاق اسم الرقيق .

فإن أوصى أن يكاتب عبداً من عبيده وفيهم خنثى قد زال إشكاله ، وبأن أنه رجل . . فهل تجوز كتابته ؟ فيه وجهان ، مضى ذكرهما .

**مسألة :** [أوصى بشاة لرجل] :

إذا قال : أوصيت لفلان بشاة من مالي ، أو قال : أعطوا فلاناً شاة من مالي . . أعطاه الوارث شاة ، صغيرة كانت أو كبيرة ، ضائنة كانت أو ماعزة ، سليمة أو معيبة ؛ لأن اسم الشاة يقع عليها .

قال الشافعي : ( ولا يعطي كبشاً ولا تيساً ؛ لأن اسم الشاة إنما يُعرف للإناث دون الذكور ) .

ومن أصحابنا من قال : يجوز ؛ لأن هذا الاسم للجنس يقع على الذكر

والأنثى<sup>(١)</sup> ، كالإنسان يقع على الرجل والمرأة .

قال الشافعي : ( ولا يُعطى ظيياً ؛ لأنه وإن وقع عليه اسم الشاة إلا أن الإطلاق لا ينصرف إليه ) .

إذا ثبت هذا : فإن كان للموصي غنم . . فإن الوصية لا تنصرف إلى غنمه ، بل الوارث بالخيار : بين أن يعطي من غنمه ، وبين أن يشتري له شاة ؛ لأنه اعتبر خروجها من ماله ، وإذا اشترى له من ثلثه . . فقد أخرجها من ماله .

وإن قال : أعطوه شاة من غنمي ، وله غنم . . أعطي واحدة منها ، وليس للوارث أن يمتنع عن دفع واحدة منها ويشتري له ؛ لأنه أضاف ذلك إلى غنمه . فإن كانت غنمه كلها إناثاً ، أو كلها ذكوراً . . أعطاه واحدة منها . وإن كانت ذكوراً وإناثاً . . فعلى قول الشافعي لا يُعطى إلا أنثى ، وعلى قول من خالفه من أصحابنا يجوز أن يُعطى ذكراً منها .

وإن لم يكن له غنم ، أو كانت فماتت قبل موت الموصي ، أو بعد موته ، من غير تفريط من الورثة . . بطلت الوصية ، كما قلنا في الرقيق .

وإن قال : أوصيت له بشاة من شياهي<sup>(٢)</sup> وله طباء مملوكة . . أعطاه الوارث واحداً منها ؛ لأنه لا شياه له إلا الطباء ، وهي مما يقع عليها اسم الشاة .

فرع : [أوصى بذكر فلا يعطى أنثى ولا عكسه] :

وإن وصى له بجمل . . لم يعط ناقة . وإن وصى له بثور . . لم يعط بقرة . وإن وصى له بناقة أو بقرة . . لم يعط جملاً ولا ثوراً . وإن وصى له ببعير . . فالمنصوص : ( أنه يُعطى جملاً ولا يُعطى ناقة ؛ لأن البعير إنما ينصرف إلى الذكر دون الأنثى ) .

ومن أصحابنا من قال : يجوز أن يدفع إليه ناقة ؛ لأن البعير يقع على الذكر

(١) كما يقال : في كل أربعين شاة شاة .

(٢) الشياه : جمع شاة كالشاء ، وتصغر على شويهة . قال في « الصحاح » : تقول ثلاث شياه إلى العشرة ، فإذا جاوزت العشر . . فبالطاء ، فإذا كثرت . . قيل : هذه شاء كثيرة . وجمع الشاء : شوي .

والأنثى ، كالإنسان يقع على الرجل والمرأة . ولهذا يقول الإنسان : حَلَبْتُ بَعِيرِي ، وشَرَبْتُ لبنَ بَعِيرِي .

وإن قال : أوصيتُ له بعشرة من الإبل ، أو بعشر من الإبل . . فللورثة أن يُعطوه ما شاؤوا من نوقٍ أو جمالٍ ؛ لأنَّ المُزَنِّيَ نقلَ : ( بعشرة ) بثبوت الهاء ، ونقلَ الربيعُ : ( بعشر من الإبل ) بغير هاء ؛ لأنَّ للوارث أن يُعطيه ما شاء وإن كان ثبوت الهاء في عددِ العشر وما دونها يدلُّ على التذكير ، وسقوطها يدلُّ على التأنيث<sup>(١)</sup> . إلا أنَّ الشافعيَّ لم يعتبرَ فرَّقَ العربيَّةِ مع ذكرِ الجنس - وهو : الإبلُ - لأنَّ أَسْمَ الجنس يقعُ على الذكور والإناث ، وكذلك أَسْمُ البقر يقعُ على الذكور والإناث ، وإنما يتخصَّصُ البقر إذا كانت فيها هاءٌ بواحدة أنثى .

وإن قال : أعطوه عشرَ أُنثى ، أو عشرَ بقراتٍ . . لم يُعطَ ذكراً . وإن قال : أعطوه رأساً من الغنم ، أو رأساً من الإبل ، أو رأساً من البقر . . جاز أن يدفعَ إليه الوارثُ ما شاء من ذكرٍ أو أنثى ؛ لأنَّ ذلكَ يعمُّ الجنس .

### مسألة : [أوصى بدابة] :

قال الشافعيُّ : ( وإن قال : أعطوه دابةً من مالي . . فمن الخيلِ أو البغالِ أو الحميرِ ) .

وآختلف أصحابنا في ذلك : فقال أبو العباس : إنما قال الشافعيُّ هذا على عادةِ أهلِ مصرَ ؛ لأنَّهم يُطلقونَ أَسْمَ الدابةِ على الأجناسِ الثلاثة . فأما أهلُ العراقِ وغيرهم : فلا يطلقونَ أَسْمَ الدابةِ إلا على الخيلِ .

فعلى هذا : إن كان الموصي بـ مصرَ . . أُعطِيَ الموصى له واحداً من الأجناسِ الثلاثة . وإن كان غيرها من البلاد . . لم يُعطَ إلا من الخيلِ .

وقال أبو إسحاق ، وأبو عليُّ بنُ أبي هريرة : بل يُعطى الموصى له واحداً من الثلاثة في جميع البلاد ؛ لأنَّ أَسْمَ الدابةِ ينصرفُ إطلاقه إلى جميعِ هذه الأجناسِ ، ولأنَّ

(١) لأن العدد من الثلاث إلى العشر يخالف معدوده .



ما ثبت له عُرفٌ في بلدٍ . ثبتَ له ذلكَ العُرفُ في جميعِ البلادِ<sup>(١)</sup> ، ولا خلافَ أنَّه لا يُحمَلُ على غيرِ هذهِ الأجناسِ الثلاثةِ مِنَ الغنمِ والإبلِ والبقرِ وإنْ كانَ الدَّابَّةُ أَسْمًا لكلِّ ما دبَّ على الأرضِ حقيقةً ، بل يُصرفُ إلى ما يتعارفُهُ الناسُ فقط .

وإنْ قالَ : أعطوه دابَّةً مِنْ دوابِّي ، وله الأجناسُ الثلاثةُ ، أو كانَ عندهُ جنسانِ وأحدهما مِنَ الخيلِ :

فعلى قولِ أبي إسحاقَ : يُعطيه الوارثُ ما شاء ، وعلى قولِ أبي العباسِ : إنْ كانَ الموصي بـ مصرَ . . أعطاهُ الوارثُ ممَّا شاءَ مِنَ الثلاثةِ ، وإنْ كانَ بغيرِها . . لم يُعطِ إلاَّ مِنَ الخيلِ .

وإنْ لم يكنْ عندهُ إلاَّ واحدٌ مِنَ الأجناسِ الثلاثةِ . . أعطاهُ الوارثُ ممَّا عندهُ واحداً ؛ لأنَّه أضافهُ إلى دوابِّه ، وليسَ عندهُ إلاَّ ذلكَ .

قالَ أبو إسحاقَ : وإنَّما نُخَيِّرُ الوارثَ بينَ الثلاثةِ الأجناسِ إذا لم يكنْ في كلامِ الموصي ما يدلُّ أنَّه أرادَ أحدَ الأجناسِ . فأما إذا قالَ : دابَّةً لِيقاتِلَ عليها ، أو لِيَتَنَفَّعَ بدرِّها وظهرِها . . لم يُعطَ إلاَّ الخيلَ . وإنْ قالَ لِيَتَنَفَّعَ بظهرِها ونسلِها . . لم يُعطَ إلاَّ الخيلَ والحميرَ ، دونَ البغالِ .

قالَ في « المَهْدَبِ » : وإنْ قالَ : لِيَحْمَلَ عليها . . أُعْطِيَ بغلاً أو حماراً ، ولا يُعطى فرساً .

فرعٌ : [أوصى له بدابة وعنده غنم وبقر وإبل] :

وإنْ قالَ : أعطوه دابَّةً مِنْ دوابِّي ، وليسَ عندهُ أحدُ الأجناسِ الثلاثةِ - الخيلِ والبغالِ والحميرِ - وإنَّما عندهُ الغنمُ والإبلُ والبقرُ . . فلا أعلمُ نصّاً فيها ، والذي يَتَضَعُ القياسُ : أنَّ الوارثَ يُعطيه واحداً منها ؛ لأنَّه يقعُ عليها اسمُ الدَّابَّةِ ، وقد أضافَ الوصِيَّةَ إلى دوابِّه ، وليسَ دوابُّه إلاَّ ذلكَ ، كما قالَ أصحابُنا إذا قالَ : أعطوه شاةً مِنْ شياهي ، وليسَ عندهُ إلاَّ الظباءُ . . أعطاهُ الوارثُ واحداً منها ، فكذلكَ هذا مثلهُ .

(١) ولا مانع من اعتبار كلِّ بلدٍ على عرفها ، وقرره بعضهم وهو المختار ، والله أعلم .

**مسألة :** [أوصى له بكلب] :

إذا قال : أعطوه كلباً من مالي ، أو وصّى له بكلب ، ولا كلاب له . . لم تصحّ الوصية ؛ لأنه لا يصح أن يشتري له كلباً .

وإن قال أعطوه كلباً من كلابي ، وله كلاب . . نظرت : فإن كانت كلاباً لا ينتفع بها بصيد ولا حرث ولا ماشية ، بل هي كلاب الهراش<sup>(١)</sup> . . فالوصية باطلة ؛ لأنه لا ينتفع بها ، ولا تُقرّ اليد عليها . وإن كانت كلاباً ينتفع بها بشيء مما ذكرناه . . صحّت الوصية ، وأعطاه الوارث ما شاء منها إلا أن يُقرن الموصي به بصيد ، أو حرث ، أو ماشية ، وهو عنده . . أُعطي ذلك دون غيره .

قال الشيخ أبو حامد : وإن قال : أوصيت له بكلب من مالي ، وله كلاب ينتفع بها . . صحّت الوصية ؛ لأن الكلاب وإن لم تكن مالا فإن قوله من مالي يُحمل على المجاز ، ومعناه : ممالي ، وفي يدي .

**فرع :** [أوصى له بأحد كلابه] :

وإن كان له ثلاثة أكلب ينتفع بها ، فوصّى بها لرجل ، ولا مال له ، ولم يُجزر الورثة . . ففيه أربعة أوجه :

أحدها : يأخذ الموصي له من كل كلب ثلثه ، كسائر الأعيان .

والثاني : يُعطيه الوارث واحداً منها بالقرعة ؛ لأنه ليس بعضها بأولى من البعض .

والثالث : يُعطيه الوارث واحداً منها باختياره .

والرابع : تُقدّر لو كانت متقومة كم كانت قيمة كل واحد منها ؛ لأنه لما لم يمكن تقويمها بأنفسها . . اعتبرت بما يتقوّم .

(١) الهراش والتهريش : كالتحريش بين الناس ، وفي الأثر : ( يتهارشون تهارش الكلاب ) ، أي : يتقاتلون ويتواثبون .

وإن كان له مالٌ - وإن قلَّ - فوصى بالأكلب الثلاثة لرجلٍ ، أو كان له كلبٌ واحدٌ ومالٌ ، فوصى بالكلب لرجلٍ . . ففيه وجهان :

أحدهما : ليس للموصى له إلا ثلث ما أوصى له به من الكلاب أو الكلب ؛ لأنه لا يحصل للموصى له شيءٌ إلا ويحصل للورثة مثله ، والكلاب لا يمكن اعتبارها من المال ؛ لأنه لا قيمة لها ، فأعتبرت بأنفسها .

والثاني : أنَّ الكلاب أو الكلب للموصى له ؛ لأنَّ أقلَّ جزء من المال خيرٌ من كلب .

وإن وصى لرجلٍ بكلبٍ له ، ولا مالَ للموصى ، ولم يُجزِ الورثة . . أُعطي الموصى له ثلث الكلب ، وللورثة ثلثاه ، كغيره من الأعيان .

مسألة : [أوصى بطبل] :

وإن قال : أعطوه طبلًا من طبولي : فإن كان له طبلُ الحرب . . صحَّت الوصية ؛ لأنَّ استعماله مباحٌ ، وهو آلةٌ للحرب فهو كالسلاح .

قال الشافعي : ( فإن كان لا يسمَّى طبلًا إلا بجلدٍ . . ألزم الوارث أن يُسلمه بجلده ، وإن كان يسمَّى طبلًا بلا جلدٍ . . كان للوارث أن يُعطيه إياه بلا جلدٍ ) .

وإن لم يكن له إلا طبلُ اللهو - قال الشيخ أبو حامد : مثل طبولِ المخشَّين - فإن كان يصلحُ لمنفعةٍ مباحةٍ وهي على تلك الهيئة من غير نقصٍ . . صحَّت الوصية بها ؛ لأنه يمكن الانتفاع بها . وإن كان لا يصلحُ لمنفعةٍ مباحةٍ إلا بعد تفصيلها وخروجها عن كونها طبولاً . . لم تصحَّ الوصية بها ؛ لأنها حالٌ ما تسمَّى طبولاً . . لا تصلحُ لمنفعةٍ مباحةٍ ، وحالٌ ما تصلحُ لمنفعةٍ مباحةٍ . . لا يقع عليها اسمُ الطبول .

وإن كان له طبلُ الحرب ، وطبلُ اللهو : فإن كان طبلُ اللهو لا يصلحُ لمنفعةٍ مباحةٍ . . أعطاه الوارث طبلَ الحرب ، وإن كان طبلُ اللهو يصلحُ لمنفعةٍ مباحةٍ مع كونه يُسمَّى طبلًا . . أعطاه الوارث ما شاء منهما . هذا نقلُ أصحابنا البغداديين .

وقال المسعودي [في «الإبانة» ق/٤١٤] : الطبولُ ثلاثةٌ ، طبلُ الحرب ، وطبلُ

اللَّهُوِ وَطَبْلُ الْعَطْرِ : وَهُوَ سَفْطٌ<sup>(١)</sup> مِنْ خَيْرِ زَانٍ يَضَعُ فِيهِ الْعَطَارُ الْعَطَرُ .

فَإِنْ كَانَ فِي مَلِكِهِ طَبْلُ الْحَرْبِ وَطَبْلُ الْعَطْرِ . . أَعْطَاهُ الْوَارِثُ مَا شَاءَ مِنْهُمَا . وَإِنْ كَانَ عِنْدَهُ الطَّبُولُ الثَّلَاثَةُ ، وَكَانَ طَبْلُ اللَّهِوِ يَصْلَحُ لِمَنْفَعَةٍ مَبَاحَةٍ مَعَ كَوْنِهِ يُسَمَّى طَبْلًا . . أَعْطَاهُ الْوَارِثُ أَيَّ الطَّبُولِ الثَّلَاثَةِ شَاءَ .

وَإِنْ قَالَ : أَعْطُوهُ طَبْلًا مِنْ مَالِي . . اشْتَرَوْا لَهُ طَبْلًا تَصَحُّ الْوَصِيَّةُ بِهِ عَلَى مَا ذَكَرْنَاهُ .

فَرْعٌ : [الوصية بدفٌ] :

وَإِنْ قَالَ : أَوْصَيْتُ لَهُ بَدَفٌ مِنْ دُفُوفِي وَلَهُ دُفُوفٌ ، أَوْ بَدَفٌ مِنْ مَالِي . . صَحَّتِ الْوَصِيَّةُ ؛ لِأَنَّ ضَرْبَ الدُّفِّ فِي النِّكَاحِ وَالْخِتَانِ جَائِزٌ ؛ لَمَّا رَوَى أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « أَغْلِنُوا النِّكَاحَ وَأَضْرِبُوا عَلَيْهِ بِالدُّفُوفِ »<sup>(٢)</sup> .

مَسْأَلَةٌ : [أوصى له بعود] :

وَإِنْ وَصَّى لَهُ بَعُودٍ مِنْ عِيدَانِهِ : فَاسْمُ الْعُودِ يَقَعُ عَلَى عُودِ اللَّهِوِ الَّذِي يَضْرِبُ بِهِ ، وَعَلَى الْعُودِ الَّذِي يَصْلَحُ لِلْقُوسِ ، وَعَلَى الْعُودِ الَّذِي يَصْلَحُ لِلْبِنَاءِ - وَهِيَ : الْأَخْشَابُ - فَإِنْ كَانَتْ عِنْدَهُ هَذِهِ الْعِيدَانُ الثَّلَاثَةُ . . نَظَرَتْ : فَإِنْ كَانَ عُودُ اللَّهِوِ يَصْلَحُ لِمَنْفَعَةٍ مَبَاحَةٍ وَهُوَ عَلَى هَيْئَتِهِ يَقَعُ عَلَيْهِ اسْمُ الْعُودِ . . أَنْصَرَفَتِ الْوَصِيَّةُ إِلَى عُودِ اللَّهِوِ ؛ لِأَنَّ إِطْلَاقَ اسْمِ الْعُودِ إِلَيْهِ أَسْبَقُ . وَلِلْوَارِثِ أَنْ يُعْطِيَهُ عُودَ اللَّهِوِ بِلا مِضْرَابٍ<sup>(٣)</sup> ، وَلَا وَتَرٍ ، وَلَا مَلَاوٍ<sup>(٤)</sup> ؛ لِأَنَّ هَذِهِ الْأَشْيَاءَ لَا تَصْلَحُ عَلَى الْعُودِ إِلَّا لِلَّهُوِ ، وَلِأَنَّهُ يُسَمَّى عُودًا وَإِنْ أُمِسِكَتْ عَنْهُ . هَذَا نَقْلُ الْبَغْدَادِيِّينَ .

(١) السفط : وعاء يوضع فيه الطيب والأدوية ونحوها .

(٢) أخرجه عن عائشة الترمذي ( ١٠٨٩ ) ، والبيهقي في « السنن الكبرى » ( ٢٩٠ / ٧ ) في النكاح . قال الترمذي : هذا حديث حسن غريب ، وفيه عيسى بن ميمون الأنصاري يضعف في الحديث .

(٣) المضراب : آلة يضرب بها الوتر عند ندف القطن وغيره .

(٤) الملاوي - في الموسيقى - : قطع من الخشب لربط الوتر ، الواحد ملوى .

وقال المسعودي [في « الإبانة » ق/ ٤١٥] : يُعْطِيهِ الْوَارِثُ أَيَّ الْعِيدَانِ شَاءَ .

فَإِنْ كَانَ عَوْدُ اللَّهِ لَا يَصْلُحُ لِمَنْفَعَةٍ مَبَاحَةٍ مَعَ كَوْنِهِ يَسْمَى عَوْدًا . . لَمْ تَصَحَّ الْوَصِيَّةُ بِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَصْلُحُ لِمَنْفَعَةٍ مَبَاحَةٍ .

قَالَ الشَّيْخُ أَبُو حَامِدٍ : وَيُعْطِيهِ الْوَارِثُ مَا شَاءَ مِنْ عَوْدِ الْقَوْسِ ، أَوْ عَوْدِ الْبِنَاءِ وَجْهًا وَاحِدًا ؛ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ تَمْلِكُ ، فَإِذَا لَمْ تَصَحَّ بِمَا يُطْلَقُ الْاسْمُ عَلَيْهِ . . أَنْصَرَفَ الْإِطْلَاقُ إِلَى مَا يَصَحُّ أَنْ يُمْلِكَ ، كَمَا قُلْنَا فِي الطَّبْلِ .

وَذَكَرَ فِي « الْمَهْذَبِ » فِيهَا وَجْهَيْنِ :

أَحَدُهُمَا : هَذَا ، وَالثَانِي : أَنَّ الْوَصِيَّةَ بَاطِلَةٌ ، وَهُوَ الْمَذْهَبُ ؛ لِأَنَّ الْعَوْدَ لَا يُطْلَقُ إِلَّا عَلَى عَوْدِ اللَّهِ . فَإِذَا كَانَ لَا يَصْلُحُ لِمَنْفَعَةٍ مَبَاحَةٍ . . كَانَ وَصِيَّةً بِمَحْرَمٍ ، بِخِلَافِ الطَّبْلِ فَإِنَّهُ يَقَعُ عَلَى طَبْلِ الْحَرْبِ وَطَبْلِ اللَّهِ .

قَالَ فِي « الْمَهْذَبِ » : وَإِنْ وَصَّى لَهُ بَعْدَ مِنْ عِيدَانِهِ وَلَيْسَ عِنْدَهُ إِلَّا عَوْدُ الْقَوْسِ ، وَعَوْدُ الْبِنَاءِ . . أُعْطِيَ مِنْهَا ؛ لِأَنَّهُ أَضَافَهُ إِلَى مَا عِنْدَهُ ، وَلَيْسَ عِنْدَهُ سِوَاهُ .  
قَالَ<sup>(١)</sup> : وَهَذَا يَدُلُّ عَلَى صَحَّةِ مَا ذَكَرَهُ الشَّيْخُ أَبُو حَامِدٍ فِي الَّتِي قَبْلَهَا .

فَرَعٌ : [الوصية بمزمار] :

وَإِنْ قَالَ : أَوْصَيْتُ لِفُلَانٍ بِمَزْمَارٍ مِنْ مَزَامِيرِي : فَإِنْ كَانَ الْمَزْمَارُ يَصْلُحُ لِمَنْفَعَةٍ مَبَاحَةٍ عَلَى هَيْئَتِهِ . . صَحَّتِ الْوَصِيَّةُ بِهِ .

قَالَ الشَّافِعِيُّ : ( وَيَدْفَعُ إِلَيْهِ الْوَارِثُ الْمَزْمَارَ دُونَ الْمَجْمَعِ ) الَّذِي يُتْرَكُ فِي الْفَمِ عِنْدَ الزَّمْرِ ؛ لِأَنَّ الْمَجْمَعَ لَا يَصْلُحُ إِلَّا لِلَّهِ ، وَلِأَنَّهُ يَسْمَى مَزْمَارًا وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِيهِ مَجْمَعٌ .

وَإِنْ كَانَ الْمَزْمَارُ لَا يَصْلُحُ لِمَنْفَعَةٍ مَبَاحَةٍ عَلَى هَيْئَتِهِ ، وَإِذَا صُلِحَ<sup>(٢)</sup> لِمَنْفَعَةٍ مَبَاحَةٍ لَمْ يَقَعْ عَلَيْهِ اسْمُ الْمَزْمَارِ . . لَمْ تَصَحَّ الْوَصِيَّةُ ؛ لِأَنَّهَا وَصِيَّةٌ بِمَحْرَمٍ .

(١) فِي ( م ) : ( قُلْتُ ) .

(٢) فِي ( م ) : ( فَضْلٌ ) .



مسألة : [أوصى بقوس من قسيه] :

وإن وصى له بقوس من قسيه : فالقسي خمسة أجناس :

القسي العربيّة : التي يرمى عنها بالنبل .

والقسي العجميّة : التي يرمى عنها النشاب .

وقسي الحُسبان<sup>(١)</sup> : قال الشيخ أبو حامد : وهي خشبة فيها حُفيرةٌ طويلاً ، أو قصبهٌ

يوضع فيها سهمٌ ، ثم يرمى بالسهم عنها .

وقوس الجُلاهق : وهي قسي يرمى عنها الطيرُ ببنادق الطين .

وقوس النّدف .

فإذا أوصى له بقوس من قسيه وعنده هذه الأجناس الخمسة . . أعطاه الوارث ما شاء

من الأجناس الثلاثة الأولى دون قوس الجُلاهق والنّدف ؛ لأنّ أسم القوس إليها أسبق ، ولا يُعطيه إلا قوساً قد نُحِتَتْ ؛ لأنها لا تصلح للرمي إلا بعد النحت .

وهل يلزم الوارث أن يعطيه معها الوتر ؟ فيه وجهان :

أحدهما : لا يلزمه ؛ لأنّ أسم القوس يقع عليها من غير وتر ، وإنما الوتر للتمكّن

من الانتفاع ، فلم يجب دفعه ، كسرج الدابة .

والثاني : يلزمه ؛ لأنّ القوس يراذ للرمي ، ولا يمكن الرمي عنه<sup>(٢)</sup> إلا بالوتر .

وإن قال : أعطوه قوساً ليندف بها القطن ، أو الصوف . . لم يُعط إلا قوس الندف .

وإن قال : ليرمي بها الطير . . لم يُعط إلا قوس الجُلاهق ؛ لأنّ القرينة تدلّ عليه .

وإن قال : أعطوه قوساً من قسي ، وليس عنده إلا قوس النّدف والجُلاهق . .

فأختلف الشيوخ فيه :

(١) الحُسبان : سهام قصار فارسية ، الواحدة حُسبانة وفي المثل للاتفاق : (رموهم عن قوس واحدة) .

(٢) في (م) : (عليه) .

فَقَالَ الشَّيْخُ أَبُو إِسْحَاقَ : يُعْطَى قَوْسَ الْجُلَاهِقِ ؛ لِأَنَّ الْأَسْمَ إِلَى أَسْبَقُ .  
وَقَالَ الشَّيْخُ أَبُو حَامِدٍ : يُعْطِيهِ الْوَارِثُ مَا شَاءَ مِنْهُمَا ؛ لِأَنَّهُ أَضَافَهُ إِلَى مَا عِنْدَهُ ،  
وَلَيْسَ إِحْدَاهُمَا بِأَوْلَى مِنَ الْأُخْرَى .

**مَسْأَلَةٌ :** [إبراء المكاتب في مرض مخوف] :

وَإِذَا أَبْرَأَ مُكَاتَبُهُ مِنْ مَالِ الْكِتَابَةِ ، أَوْ أَعْتَقَهُ فِي مَرَضٍ مَخُوفٍ : فَإِنْ بَرِيَءَ مِنْ  
مَرَضِهِ . . . عَتَقَ الْمَكَاتِبُ . وَإِنْ مَاتَ مِنْ مَرَضِهِ ذَلِكَ . . . أَعْتَبَرَ مِنَ الثُّلُثِ .  
فَإِنْ كَانَ مَالُ الْكِتَابَةِ وَاقِيَةً الْعَبْدِ يَخْرُجُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِنَ الثُّلُثِ . . . عَتَقَ . وَإِنْ  
خَرَجَ أَحَدُهُمَا دُونَ الْآخَرِ . . . أَعْتَبَرَ الْأَقْلُ مِنْ قِيَمَتِهِ أَوْ مِنْ مَالِ الْكِتَابَةِ . فَأَيُّهُمَا خَرَجَ مِنَ  
الثُّلُثِ . . . عَتَقَ ، مِثْلُ أَنْ يَكُونَ قِيَمَةُ الْعَبْدِ مِئَةً وَمَالُ الْكِتَابَةِ مِئَةً وَخَمْسِينَ وَالثُّلُثُ مِئَةً ،  
فَتُعْتَبَرُ الْقِيَمَةُ هَاهُنَا .

وَإِنْ كَانَتْ قِيَمَتُهُ مِئَةً وَخَمْسِينَ ، وَمَالُ الْكِتَابَةِ مِئَةً ، وَالثُّلُثُ مِئَةً . . . أَعْتَبَرَ مَالُ الْكِتَابَةِ  
هَاهُنَا .

وَإِنَّمَا أَعْتَبَرْنَا الْأَقْلَ مِنْهُمَا ؛ لِأَنَّ الْقِيَمَةَ إِنْ كَانَتْ هِيَ الْأَقْلَ . . . أَعْتَبَرْتُ ؛ لِأَنَّهَا قِيَمَةُ  
مَنْ أَعْتَقَهُ ؛ لِأَنَّ مَالَ الْكِتَابَةِ مَا اسْتَقَرَّ مِلْكُهُ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ لِلْمَكَاتِبِ أَنْ يُسْقِطَهُ بِتَعْجِيزِ  
نَفْسِهِ .

وَإِنْ كَانَ مَالُ الْكِتَابَةِ هُوَ الْأَقْلَ . . . أَعْتَبَرَ ؛ لِأَنَّ الْكِتَابَةَ لَازِمَةٌ مِنْ جِهَةِ السَّيِّدِ وَلَا  
يَسْتَحِقُّ عَلَى الْعَبْدِ غَيْرُهُ .

وَإِنْ لَمْ يَخْرُجْ مِنَ الثُّلُثِ أَقْلُهُمَا ، وَإِنَّمَا أَحْتَمَلَ الثُّلُثُ النِّصْفَ مِنْ أَقْلِهِمَا ، مِثْلُ أَنْ  
يَكُونَ الثُّلُثُ خَمْسِينَ وَاقِيَةً الْعَبْدِ أَوْ مَالُ الْكِتَابَةِ مِئَةً . . . عَتَقَ نِصْفَهُ ، وَكَانَ نِصْفُهُ بَاقِيًا  
عَلَى الْكِتَابَةِ ، فَإِنْ أَدَّى نِصْفَ مَالِ الْكِتَابَةِ . . . عَتَقَ بَاقِيَهُ . وَإِنْ عَجَزَ . . . رُقَّ نِصْفُهُ  
لِلْوَرِثَةِ .

فَإِنْ قِيلَ : أَلَيْسَ لَوْ أَبْرَأَهُ السَّيِّدُ فِي صَحَّتِهِ عَنْ نِصْفِ مَالِ الْكِتَابَةِ ، أَوْ أَدَّى نِصْفَ مَالِ  
كِتَابَتِهِ . . . لَمْ يَعْتَقْ شَيْءٌ مِنْهُ ، فَلِمَ أَعْتَقْتُمْ نِصْفَهُ هَاهُنَا ، وَقَدْ بَقِيَ عَلَيْهِ شَيْءٌ مِنَ الْكِتَابَةِ ؟

قلنا : الفرق بينهما أنَّ هناك لم تحصل الصفة التي عُلقَ عليها العتق - وهو : أداء المال - وهاهنا قد حكمنا ببراءته من الذي خرج من الثلث . وإنَّما ردَّدنا العتق في بعضه لحقِّ الورثة .

وإنَّ لم يخرج شيءٌ منهما من الثلث ، بأنَّ كان على السيّد دينٌ يستغرق ماله . . لم يعتق شيءٌ منه ، وأخذ المكاتب بأداء ما عليه ، فإنَّ أدَّاه . . عتق ، وتعلّق حقُّ الغرماء بما أدَّاه . وإنَّ عجز . . رُقَّ وبيع بحقِّ الغرماء .

وإنَّ لم يكن له مالٌ غيرُ العبد ، ولا دينٌ عليه ، ولم يُجزِ الورثة : فإنَّ كان قد حلَّ عليه مالٌ الكتابة . . عتق ثلثه في الحال ، فإنَّ أدَّى ما بقي عليه من مالِ الكتابة . . عتق ثلثاه ، وإنَّ عجز . . رُقَّ ثلثاه للورثة . وإنَّ لم يحلَّ عليه مالٌ الكتابة . . ففيه وجهان :

أحدهما : أنَّه لا يتعجَّلُ عتق شيءٍ منه ؛ لأنَّه لا يتنجَّز للموصي له شيءٌ إلَّا ويحصل للورثة مثلاًه .

والثاني - وهو المنصوصُ عليه - : ( أنَّه يُعتقُ ثلثه في الحال ) لأنَّ حقَّ الورثة في مثلي ثلثه مُتيقَّنٌ ، إمَّا بالأداء أو بالعجز .

وإنَّ أوصى بعتقه ، أو بالإبراء ممَّا عليه . . فحكمه حكمُ ما لو أعتقه في مرضِ موته ، أو أبرأه ممَّا عليه إلَّا أنَّ في هذه يوقَّفُ العتق على إعتاق الوصي<sup>(١)</sup> أو إبرائه ، وفي التي قبلها لا يحتاج إلى عتق ، ولا إلى إبراء من الوصي .

مسألة : [الوصية بحطِّ أكثر مال الكتابة] :

إذا قال : ضَعُوا عَنْ مَكَاتِبِي أَكْثَرَ مَا عَلَيَّ مِنْ مَالِ الْكِتَابَةِ . . وَضَعَ عَنْهُ نِصْفُ مَا عَلَيْهِ وَزِيَادَةٌ عَلَى النِّصْفِ . وتقديرُ الزيادة إلى اختيارهم ؛ لأنَّ ذلك أكثرُ ما عليه .

(١) في ( م ) : ( الموصي ) في الموضعين .

وإن قال : ضَعُوا عَنْهُ أَكْثَرَ مَا عَلَيْهِ وَنَصْفَهُ . . وَضَعَ عَنْهُ ثَلَاثَةُ أَرْبَاعٍ مَا عَلَيْهِ وَزِيَادَةٌ ،  
وتقديرُ الزيادةِ إليهم .

وإن قال : ضَعُوا عَنْهُ أَكْثَرَ مَا عَلَيْهِ وَمِثْلَهُ . . فَقَدْ وَصَّى لَهُ بِأَكْثَرِ مِمَّا عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ  
قَوْلَهُ : ( أَكْثَرَ مَا عَلَيْهِ ) يَقْتَضِي النصفَ وَزِيَادَةً .

وقوله : ( مِثْلَهُ ) يَقْتَضِي نَصْفًا آخَرَ وَزِيَادَةً ، فَيُوضَعُ عَنْهُ جَمِيعُ مَالِ الْكِتَابَةِ ،  
وَتَسْقُطُ الْوَصِيَّةُ بِالزِّيَادَةِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَبْقَ لَهَا مَحَلٌّ .

فَرَعٌ : [أَوْصَى بِأَنْ يُوْضَعَ عَنْهُ شَيْءٌ مَا] :

روى المِزْنِيُّ : ( لَوْ قَالَ : ضَعُوا عَنْهُ مَا شَاءَ ، فَشَاءَها كُلُّهَا . . لَمْ يَكُنْ لَهُ إِلَّا أَنْ  
يُبْقِيَ شَيْئًا ) .

وروى الرِّبِيعُ : ( إِذَا قَالَ : ضَعُوا عَنْهُ مَا شَاءَ مِنَ الْكِتَابَةِ . . لَمْ يَجُزْ أَنْ يُوضَعَ عَنْهُ  
الْكُلُّ حَتَّى يَبْقَى شَيْءٌ مِنْهُ ) .

وَأَخْتَلَفَ أَصْحَابُنَا فِيهَا :

فَقَالَ أَبُو عَلِيٍّ بْنُ أَبِي هُرَيْرَةَ : الصَّحِيحُ مَا نَقَلَهُ الرِّبِيعُ ؛ لِأَنَّ قَوْلَهُ : ( مِنْ مَالِ  
الْكِتَابَةِ ) يَقْتَضِي الْبَعْضَ ، فَلَا بَدَّ أَنْ يَبْقَى شَيْءٌ . وَالَّذِي نَقَلَهُ الْمُزْنِيُّ غَلَطٌ ، بَلْ يَجُوزُ أَنْ  
يُوضَعَ عَنْهُ جَمِيعُ مَالِ الْكِتَابَةِ إِذَا شَاءَ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ قَوْلَهُ : ( مَا شَاءَ ) الْكُلُّ دَاخِلٌ فِيهِ .

وَقَالَ أَبُو إِسْحَاقَ وَالْقَاضِي أَبُو الطَّيِّبِ : مَا نَقَلَهُ الرِّبِيعُ صَحِيحٌ ، وَمَا نَقَلَهُ الْمُزْنِيُّ  
أَيْضًا صَحِيحٌ ، وَلَا بَدَّ أَنْ يَبْقَى شَيْءٌ فِيهِمَا ؛ لِأَنَّ قَوْلَهُ : ( مَا شَاءَ ) يَقْتَضِي الْبَعْضَ ؛  
لِأَنَّهُ لَوْ أَرَادَ الْجَمِيعَ . . لَقَالَ : ضَعُوا عَنْهُ مَالَ الْكِتَابَةِ .

وإن قال : ضَعُوا عَنْهُ بَعْضَ كِتَابَتِهِ ، أَوْ بَعْضَ مَا عَلَيْهِ ، أَوْ ضَعُوا عَنْهُ مَا قَلَّ أَوْ  
مَا كَثُرَ ، أَوْ ضَعُوا عَنْهُ مَا يَثْقُلُ أَوْ مَا يَخِفُّ . . وَضَعَ عَنْهُ الْوَارِثُ مَا شَاءَ مِنْ قَلِيلٍ أَوْ  
كَثِيرٍ ؛ لِأَنَّ شَيْئًا مِنْ ذَلِكَ لَا يَقْتَضِي شَيْئًا مُقَدَّرًا .

وإن قال : ضَعُوا عَنْهُ نَجْمًا مِنْ نَجُومِهِ . . وَضَعَ عَنْهُ الْوَارِثُ أَيَّ نَجْمٍ شَاءَ وَإِنْ كَانَ  
أَقْلَهَا مَالًا . وإن قال : ضَعُوا عَنْهُ أَيَّ نَجْمٍ شَاءَ . . وَضَعَ عَنْهُ أَيَّ نَجْمٍ شَاءَ الْمَكَاتِبُ وَإِنْ

كَانَ أَكْثَرُهَا مَالًا . وَإِنْ قَالَ : ضَعُوا عَنْهُ أَوْسَطَ نَجُومِهِ . . فَقَدْ يَكُونُ الْأَوْسَطُ مِنْ ثَلَاثِ جِهَاتٍ :

أَوْسَطُ مِنْ جِهَةِ الْعَدَدِ : بَأَنْ كَانَ يَكَاتِبُهُ عَلَى ثَلَاثَةِ نَجُومٍ ، فَالْأَوْسَطُ هُوَ الثَّانِي .  
وَإِنْ كَاتَبَهُ عَلَى أَرْبَعَةِ نَجُومٍ . . فَالْأَوْسَطُ هُوَ الثَّانِي وَالثَّلَاثُ . وَإِنْ كَاتَبَهُ عَلَى خَمْسَةٍ . . فَالْأَوْسَطُ هُوَ الثَّلَاثُ .

وَأَوْسَطُ مِنْ جِهَةِ الْأَجَلِ : بَأَنْ يَكَاتِبُهُ عَلَى ثَلَاثَةِ نَجُومٍ ، نَجْمٌ إِلَى شَهْرٍ ، وَنَجْمٌ إِلَى شَهْرَيْنِ ، وَنَجْمٌ إِلَى ثَلَاثَةِ أَشْهُرٍ ، فَالْأَوْسَطُ مِنْ جِهَةِ الْأَجَلِ هُوَ النَجْمُ إِلَى شَهْرَيْنِ .  
وَأَوْسَطُ مِنْ جِهَةِ الْقَدْرِ : بَأَنْ يَكَاتِبُهُ عَلَى ثَلَاثَةِ نَجُومٍ ، نَجْمٌ بِعَشْرَةٍ ، وَنَجْمٌ بِعِشْرِينَ ، وَنَجْمٌ بِثَلَاثِينَ ، فَالْأَوْسَطُ مِنْ جِهَةِ الْقَدْرِ هُوَ النَجْمُ بِعِشْرِينَ .  
فَإِنْ أَجْتَمَعَتْ هَذِهِ الْجِهَاتُ . . وَضَعَ عَنْهُ الْوَارِثُ مَا شَاءَ مِنْهَا . وَإِنْ لَمْ تَجْتَمِعْ إِلَّا جِهَتَانِ . . وَضَعَ عَنْهُ الْوَارِثُ أَيُّهُمَا شَاءَ .

وَإِنْ قَالَ : ضَعُوا عَنْهُ أَكْثَرَ نَجُومِهِ أَوْ أَكْبَرَ نَجُومِهِ . . قَالَ ابْنُ الصَّبَّاحِ : أَنْصَرَفَ ذَلِكَ إِلَى الْأَكْثَرِ مِنْ جِهَةِ الْقَدْرِ لَا مِنْ جِهَةِ الْعَدَدِ وَالْأَجَلِ .

**مَسْأَلَةٌ :** [كَاتِبُهُ ثُمَّ أَوْصَى بِعَتَقِهِ] :

وَإِنْ كَاتَبَ عَبْدُهُ كِتَابَةً صَحِيحَةً ، ثُمَّ أَوْصَى بِرَقَبَتِهِ . . لَمْ تَصَحَّ الْوَصِيَّةُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ بَيْعَهُ ، فَلَا يَمْلِكُ الْوَصِيَّةَ بِهِ . فَإِنْ عَجَزَ وَرُقَّ . . لَمْ تَصَحَّ الْوَصِيَّةُ بِهِ ؛ لِأَنَّهَا وَقَعَتْ فَاسِدَةً .

وَإِنْ أَوْصَى لِرَجُلٍ بِمَالِ الْكِتَابَةِ . . صَحَّتِ الْوَصِيَّةُ ، فَإِنْ أَدَّى الْمَالَ . . كَانَ لِلْمَوْصِي لَهُ بِهِ ، وَعَتَقَ ، وَكَانَ الْوَلَاءُ لِلْوَرِثَةِ . وَإِنْ عَجَزَ . . بَطَلَتِ الْوَصِيَّةُ بِمَالِ الْكِتَابَةِ ، وَأَسْتَرْقَهُ الْوَرِثَةُ .

فَإِنْ حَلَّ نَجْمُ الْكِتَابَةِ ، وَعَجَزَ عَنْهُ ، فَأَرَادَ الْوَرِثَةُ تَعْجِيزَهُ لِيَمْلِكُوهُ ، وَأَرَادَ الْمَوْصِي لَهُ بِالْمَالِ إِنْظَارَهُ بِهِ . . كَانَ لِلْوَرِثَةِ تَعْجِيزُهُ ؛ لِأَنَّ حَقَّ الْوَرِثَةِ مُتَعَلِّقٌ بِعَيْنِهِ ، وَحَقُّ الْمَوْصِي لَهُ مُتَعَلِّقٌ بِمَا فِي ذِمَّتِهِ ، فَكَانَ حَقُّ الْوَرِثَةِ أَكْثَرُ .



قال ابن الصبّاغ : وهذا فيه نظر ؛ لأنّ الحقّ للموصى له ، بدليل : أنّه إذا أبرأه . . . عتق ولا حقّ لصاحب الرقبة .

فرعٌ : [أوصى بمال الكتابة لرجل وبرقبته إن عجز لآخر] :

وإنّ أوصى بمال الكتابة لرجل ، وبرقبة المكاتب إن عجز لآخر . . صحّ .  
فإنّ أدّى المال . . أخذهُ الموصى له بالمال ، وعتق ، وبطلت الوصية بالرقبة .  
وإنّ عجز . . رُقّ ، وكان للموصى له بالرقبة ، وبطلت الوصية بالمال .  
وإنّ قال : أوصيتُ لفلانٍ بما يُعجّله المكاتب ، فإنّ عجلَ المكاتب شيئاً قبل حلول  
النجم . . استحقّه الموصى له . وإنّ لم يُعجلْ حتّى حلَّ النجم فأدّاه . . لم يستحقّه  
الموصى له ؛ لأنّ الوصية معلقة بشرط ، فلا يستحقّه الموصى له مع فقد الشرط .

فرعٌ : [كاتبه كتابة فاسدة] :

وإنّ كاتب عبده كتابة فاسدة ، فأوصى لآخر بما في ذمّته . . لم تصحّ الوصية ؛ لأنّه  
لا شيء له في ذمّته .  
وإنّ قال : إذا قبضت من المكاتب مالاً فقد أوصيتُ به لفلان . . فقد قال أبو إسحاق  
المروزي : تصحّ الوصية ؛ لأنّه وإنّ كان لا يملك في الحال شيئاً في ذمّته لكنّه إذا قبضه  
ملكه ، فلمّا أضاف الوصية إلى حال تملك الموصى به . . صحّ ، كما لو أوصى برقبته  
إذا عجز .

قال الشيخ أبو إسحاق : وفي هذا عندي نظر ؛ لأنّه لا يملكه بالقبض ، وإنّما يعتق  
بحكم الصفة ، كما يعتق بقبض الخمر إذا كاتبه عليه ، ثمّ لا يملكه .

وقال ابن الصبّاغ : ينبغي أن يملكه إذا لم يزد على قدر قيمة العبد ؛ لأنّهما  
يتراجعان فيها .

وإنّ وصّى برقبته لرجل ، فإنّ لم يعلم بفساد الكتابة . . فهل تصحّ الوصية ؟ فيه

قولان :

أحدهما : تصحُّ . وهو اختيارُ المُزنيِّ ؛ لأنَّ ملكه لم يزلْ عَنْ رَقَبَتِهِ ، فصَحَّتِ الوصِيَّةُ بها .

والثاني : لا تصحُّ ، قالَ المحامليُّ : وهو الأَشْبَهُ ؛ لأنَّه إذا لم يعتقَدْ أَنَّهُ مَلَكُهُ كَانَ مُتْلَاعِباً بالوصِيَّةِ .

وهكذا القولانِ فيمنْ باعَ مالَ مورثه وهو يعتقْدُ أَنَّهُ حيٌّ فبانَ أَنَّهُ كَانَ ميِّتاً حالَ البيعِ . وإنْ كَانَ يَعْلَمُ بفسادِ الكتابةِ حالَ الوصِيَّةِ . . صَحَّتِ الوصِيَّةُ ، قولاً واحداً ، كما لو باعَهُ مِنْ رجلٍ بيعاً فاسداً ، ثُمَّ باعَهُ مِنْ آخَرَ وهو يَعْلَمُ فسادَ الأوَّلِ . وَمِنْ أَصْحَابِنَا مَنْ قَالَ : فيها قولانِ . وليسَ بشيءٍ .

**مسألة :** [يحرم بالحج الواجب الوصية من الميقات] :

إذا ماتَ وعليه حَجَّةٌ واجبةٌ - إمَّا حَجَّةُ الإسلامِ ، أو القضاء ، أو النَّذْرُ - فَإِنْ لَمْ يوصِ بها أو أوصى بها مِنْ رَأْسِ ماله . . وَجَبَ أَنْ يَسْتَأْجِرَ عَلَيْهَا مِنْ رَأْسِ المَالِ مَنْ يُحْرِمُ عَنْهُ مِنَ الميقاتِ ؛ لأنَّه كَانَ لَا يَجِبُ عَلَيْهِ أَنْ يُحْرِمَ بالحجِّ في حياته إِلَّا مِنَ الميقاتِ ، فكذلكَ بعدَ موته .

ويجوزُ أَنْ يَكُونَ الْأَجِيرُ مِنَ الوَرِثَةِ ؛ لأنَّه معاوضةٌ لا مُحَابَاةً فيها .

وإنْ أوصى بِحَجَّةِ الإسلامِ مِنْ ثُلْثِهِ ، أو أوصى بها مُطلقاً ، وَلَمْ يَقُلْ : مِنْ رَأْسِ المَالِ ، ولا مِنَ الثُّلْثِ ، وَقُلْنَا : إِنَّ الوصِيَّةَ بها يَجِبُ إِخْرَاجُهَا مِنَ الثُّلْثِ . . ففيه وجهانِ :

[أحدهما] : قالَ أبو إسحاقَ : يَجِبُ أَنْ يَسْتَأْجِرَ عَلَى أَدَائِهَا مَنْ يَحْرِمُ بها مِنْ بَلَدِهِ ، وتكونُ جميعُ الأجرةِ مِنَ الثُّلْثِ ؛ لأنَّ ميقاتَ الإحرامِ في أصلِ الوجوبِ مِنْ دُويرةِ أَهْلِهِ ، بدليلِ قوله تعالى : ﴿ وَاتِمُّوا الْحَجَّ وَالْعُمْرَةَ لِلَّهِ ﴾ [البقرة : ١٩٦] فقالَ عمرُ وعليُّ رضي الله عنهما : ( إِمْتَامُهُمَا : أَنْ تُحْرِمَ بِهِمَا مِنْ دُويرةِ أَهْلِكَ ) <sup>(١)</sup> ثُمَّ رَخَّصَ النَّبِيُّ ﷺ فِي قِطْعِ

(١) أخرج خبر علي المرتضى البيهقي في « السنن الكبرى » ( ٣٠ / ٥ ) في الحج ، وابن حزم في =

المسافة إلى الميقات بغير إحرام بقوله ﷺ : « يَسْتَمْتِعُ الرَّجُلُ بِأَهْلِهِ مِنْ بُنْيَانِهِ حَتَّى يَأْتِيَ الْمَيْقَاتَ »<sup>(١)</sup> .

فإن أوصى الرجل بالحج . . عاد إلى الأصل دون الرخصة .

[والثاني] : قال أكثر أصحابنا : لا يجب الإحرام إلا من الميقات ؛ لأن الموصي كان لا يجب عليه الإحرام إلا من الميقات بالشرع ، فكذلك الأجير .

وإن قال : حُجُّوا عَنِّي حَجَّةَ الْإِسْلَامِ وَأَطْلَقَ ، وقُلْنَا : إن الوصية به لا تُوجب كون جميع الأجرة من الثلث ، فمن أين يجب الإحرام هاهنا ؟ فيه وجهان :

[أحدهما] : قال أبو إسحاق : يجب الإحرام من ذؤيرة أهله إلا أن القدر الذي يحتاج إليه من الأجرة من بلده إلى الميقات يكون من الثلث ، وما بعد ذلك إلى آخر النُّسك يكون من رأس المال ؛ لأن قوله : ( حُجُّوا عَنِّي ) لا يُفيد إلا وجوب الإحرام عنه من بلده ، فكانت أجرته من الثلث ، إذ لو لم يوص به . . لكان يجب الإحرام عنه من الميقات .

[والثاني] : قال أكثر أصحابنا : لا يجب الإحرام عنه به إلا من الميقات ، وتكون جميع الأجرة من رأس المال ؛ لأن الحج لا يجب بالشرع إلا من الميقات ، فكانت الوصية به تأكيداً .

وإن وصي أن يجعل جميع الثلث في حجة الإسلام . . حج به عنه من حيث أمكن من بلده إلى الميقات . فإن عجز الثلث عن حجه من الميقات . . تُمَم من رأس المال ؛ لأن الحج من الميقات مُستحق من رأس المال . فإن كان الثلث قدر أجرة المثل من البلد ،

= « المحلى » ( ٧٥ / ٧ ) ، وذكره ابن قدامة في « المغني » ( ٢٦٥ / ٣ ) . وأورد خبر عمر الفاروق القلعي في « موسوعة فقه عمر » ( ص / ٣١١ - ٣١٣ ) ، وعند القرطبي في « التفسير » ( ٣٦٦ / ٢ ) قال : وثبت أن عمر أهل من إيلياء . وفي الباب :

رواه عن أبي هريرة مرفوعاً البيهقي في « السنن الكبرى » ( ٣٠ / ٥ ) في الحج ، باب : من استحب الإحرام من ذؤيرة أهله . قال الشافعي : وفيه نظر .

(١) أخرجه مرسلاً عن عطاء الشافعي في « ترتيب المسند » ( ٧٥١ ) ، ومن طريقه البيهقي في « السنن الكبرى » ( ٣٠ / ٥ ) في الحج .

أو ما دونه إلى الميقات.. . جاز أن يستأجر به الوارث والأجنبي ؛ لأن ذلك معاوضة لا مُحَابَاة فيها . وإن كان الثلث يزيد على أجرة المثل من البلد ، أو ما دونه إلى الميقات.. . لم<sup>(١)</sup> يُستأجر به الوارث ؛ لأن الزيادة مُحَابَاة ووصية ، فلا تصح للوارث . هذا نقل الشيخ أبي حامد .

وقال القفال : إذا قال أَحَبُّوا عَنِّي رجلاً بآلف ، وأجرة المثل أقل ، ولم يعين الأجير.. . ففيه وجهان :

أحدهما : لا يحج عنه إلا بقدر أجرة المثل ، والزيادة للوارث .

والثاني : أن الزيادة<sup>(٢)</sup> وصية لشخص موصوف بصفة ، وهو حج ذلك الشخص . قال : وحدثت حادثة بـ ( مَرَوْ ) اختلفت فيها فتوى مشايخنا وهي :

أن رجلاً أوصى أن يشتري له عشرة أقفرة حنطة بمئة درهم فيتصدق بها عنه ، فأخذ<sup>(٣)</sup> من أجود الحنطة عشرة أقفرة بثمانين درهماً ، فماذا يصنع بالعشرين الباقية من المئة ؟ فمنهم من أفتى بأنها ترد إلى الوارث ، ومنهم من قال : إنها وصية لبائع الحنطة ، ومنهم من قال : يشتري بها حنطة بهذا السعر ويتصدق بها عنه . وهذا الوجه لا يتصور في الحج .

فرع : [أوصى بحجة ولم يعين الأجرة والأجير] :

إذا أوصى بحجة الإسلام ولم يُقدِّر الأجرة ، ولا عيّن الأجير.. . فإنه يستأجر بأقل ما يوجد ، سواء كان الأجير أجنبياً أو وارثاً ؛ لأن ذلك معاوضة لا مُحَابَاة فيها .

وإن عيّن الأجرة ولم يعيّن الأجير : فإن كان ما عيّنهُ من الأجرة قدر أجرة المثل.. . جاز أن يستأجر بها الوارث والأجنبي .

(١) في ( م ) : ( جاز أن ) .

(٢) في ( م ) : ( الفضل ) .

(٣) في ( م ) : ( فوجد ) .

وإن كان أكثر من أجره المثل . . لم يَجْزُ أَنْ يُسْتَأْجَرَ بها الوارثُ إِلَّا بِإِجَازَةِ الْوَرِثَةِ مَعَهُ .

وهل يُسْتَأْجَرُ بها الأجنبيُّ ؟ إن كانت الزيادة على أجره المثل لا تخرج من الثلث . . لم تلزم الزيادة إلا بإجازة الورثة . وإن كانت تخرج من الثلث . . لزم الاستئجار بها على طريقة أصحابنا البغداديين . وعلى طريقة القفال . . على وجهين .

وإن عيّن الأجير ، ولم يُقَدَّرْ له الأجرة . . وجب استجاره ، وهل يجب استجاره بأقل ما يؤخذ أو بأجرة مثله من نظرائه ؟ فيه وجهان :

أحدهما : لا يلزم استجاره إلا بأقل ما يؤخذ ممن يحج ، لأنه لا فائدة في أن يُسْتَأْجَرَ بأكثر من ذلك .

والثاني : أنه يلزم أن يُسْتَأْجَرَ بأجرة مثله من نظرائه ؛ لأن الموصي لما عيّن فكَانَهُ إِنَّمَا قَصَدَهُ لِعِلْمِهِ بِوَرَعِهِ وَعِلْمِهِ ، فَاعْتَبَرَتْ أَجْرُهُ مِثْلَهُ بِنَفْسِهِ . ولا فرق على الوجهين بين أن يكون الأجير المعين وارثاً أو أجنبياً .

فإن أمتنع هذا الأجير المعين من الحج ، أو مات قبل أن يحج . . لم تسقط الوصية بالحج ، وأستؤجر غيره بأقل ما يؤخذ ؛ لأن الحج واجب ، فلزمه أدائه .

وإن عيّن الأجير ، وقدر الأجرة ، بأن قال : أستأجروا فلاناً يحج عني بمئة :

فإن كانت الأجرة المقدرة قدر أجرة مثله . . وجب استجاره بها ، وارثاً كان أو أجنبياً .

وإن كانت أكثر من أجرة مثله . . كان قدر أجرة مثله من رأس المال .

وأما الزيادة : فمعتبرة من الثلث : فإن خرجت من الثلث وكان الأجير أجنبياً . .

فهي وصية له تلزم إذا حج . وإن لم يحتملها الثلث ، أو كان الأجير المعين وارثاً . . وقف ذلك على إجازة الورثة<sup>(١)</sup> .

(١) في حاشية نسخة : ( والفرق بين المسألة والمسألة التي قبلها : أنه إذا لم يسم أجرة . . فقد وكل ذلك إلى الوصي ، فكان الاحتياط أن يحج عنه بأقل ما يؤخذ ، وإذا سمى أجرة فلم يرد ذلك إلى=



وإن قال الأجير المعين : أحججوا غيري بأجرة المثل ، وأعطوني ما زاد عليها ؛ لأنه وصية لي وهي تخرج من الثلث . . لم يكن له ذلك ؛ لأنه إنما وصى له بذلك بشرط - وهو أن يحج عنه - فإذا لم يحج . . لم يستحق .

فرع : [وجب الحج عليه فأوصى لمن يحج عنه بمئة دينار] :

إذا كانت عليه حجة واجبة ، فقال : من حج عني بعد موتي أولاً . . فله مئة دينار : فحج عنه أولاً أجنبي : فإن كانت المئة أجرة المثل . . فلا كلام . وإن كانت أكثر من أجرة المثل . . كان ما زاد معتبراً من الثلث . وإن حج عنه أولاً وارث . . قال الشافعي : ( فله من المئة أقل ما يؤخذ به أحد يحج عنه ) .

وأختلف أصحابنا في ذلك : فمنهم من قال : أراد به أجرة المثل . ومنهم من قال : أراد أقل ما يؤخذ به من يحج عنه ، ويكون ما زاد موقوفاً على إجازة الورثة ، خرج من الثلث أو لم يخرج<sup>(١)</sup> .

مسألة : [أوصى بحج تطوع] :

إذا أوصى بحج تطوع ، فإن قلنا : لا تدخله النيابة . . لم تصح الوصية به .

وإن قلنا : تدخله النيابة . . فإن جميع الأجرة معتبرة من الثلث .

فإن قال : أحججوا عني ، ولم يُقدّر الأجرة ، ولا عين الأجير . . قال الشيخ أبو حامد : فعلى قول أبي إسحاق : يستأجر من يحج عنه من بلده بأقل ما يؤخذ ، فإن لم يحتمله الثلث . . حج عنه بالثلث من حيث أمكن من بلده إلى الميقات . وعلى قول

= اجتهد الوصي . . فتكون أجرة المثل محتسبة من رأس المال ، والباقي من الثلث .

(١) في هامش نسخة : ( الفرق بين الأجنبي والوارث : أن الأجنبي لا يحتاج إلى إجازة الورثة فيما يخرج من الثلث ، بخلاف الوارث ) بتصرف .

سائر أصحابنا : يستأجر مَنْ يحجُّ عنه بأقلَّ ما يؤخذُ مِنَ الميقاتِ . فَإِنْ عَجَزَ الثُّلُثُ عَنْ حَجِّهِ مِنَ الميقاتِ . . بَطَلَتِ الوصِيَّةُ فِيهِ ، وَرَجَعَ مِلْكاً للورثة ، كما لو قال : اشترُوا عبيداً وأعتقوهم ، فاشترى عبدان ، وَفَضَلَ مِنَ الثُّلُثِ مالٌ يمكنُ أَنْ يُشْتَرَى بِهِ بعضُ الثالثِ . . فَإِنَّهُ يَكُونُ للورثة .

قال المسعودي [في « الإبانة » ق/٤١٩] : وفيه قولٌ آخرُ في الموضعين : أَنَّهُ يَتَصَدَّقُ بالبقية ، وهذا ليسَ بمشهور .

وإن قال : أَحْجُّوا عَنِّي بمئةٍ مِنْ ثُلْثِي فِي حَجِّ التَطَوُّعِ . . حُجَّ عَنْهُ بِهَا مِنْ حَيْثُ أَمَكَنَ مِنْ بَلَدِهِ إِلَى الميقاتِ ، فَإِنْ لَمْ يَوْجَدْ مَنْ يَحْجُّ بِهَا عَنْهُ مِنَ الميقاتِ . . بَطَلَتِ الوصِيَّةُ ، وَكَانَتْ للورثة .

وإن قال : أَحْجُّوا عَنِّي بِثُلْثِي . . صُرِفَ الثُّلُثُ فِيمَا أَمَكَنَ مِنْ عَدَدِ الْحَجِّ ، وَهَلْ يَكُونُ مِنَ الْبَلَدِ أَوْ مِنَ الميقاتِ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ :

[أحدهما] : عَلَى قَوْلِ أَبِي إِسْحَاقَ : يَكُونُ مِنْ بَلَدِهِ .

و[الثاني] : عَلَى قَوْلِ سَائِرِ أَصْحَابِنَا : يَكُونُ مِنَ الميقاتِ .

فَإِنْ اتَّسَعَ الثُّلُثُ لِحَاجَّةٍ أَوْ حَاجَتَيْنِ ، وَبَقِيَ مِنْهُ بَقِيَّةٌ لَا يَمَكُنُ أَنْ يَسْتَأْجَرَ بِهِ مَنْ يَحْجُّ مِنَ الميقاتِ . . بَطَلَتِ الوصِيَّةُ بِهَا وَرُدَّتْ إِلَى الْوَرِثَةِ ، وَلَا تُصَرَّفُ إِلَى الْعَمْرَةِ ؛ لِأَنَّ الْمُوصِيَّ بِهِ الْحَجَّ دُونَ الْعَمْرَةِ .

وإن قال : أَحْجُّوا عَنِّي فَلَاناً ، وَلَمْ يُقَدِّزْ لَهُ أُجْرَةً . . فَهَلْ يَجِبُ اسْتِجَارُهُ بِأُجْرَةٍ مِثْلِهِ ، أَوْ بِأَقَلِّ مَا يُوْخَذُ ؟ عَلَى الْوَجْهَيْنِ فِي الْمَسْأَلَةِ قَبْلَهَا .

وإن قال : أَحْجُّوا عَنِّي فَلَاناً بِمِئَةٍ . . أَعْتَبَرَ جَمِيعُهَا مِنَ الثُّلُثِ ؛ لِأَنَّهَا تَطَوُّعٌ ، فَإِنْ أَمْتَنَعَ الْأَجِيرُ الْمَعِينُ عَنِ الْحَجِّ . . فَفِيهِ وَجْهَانِ :

أحدهما : أَنَّ الوصِيَّةَ بِالْحَجِّ تَبْطُلُ ، وَلَا يُسْتَأْجَرُ غَيْرُهُ ؛ لِأَنَّهُ قَصْدَ إِرْفَاقِ هَذَا الْأَجِيرِ . وَإِذَا رَدَّ الوصِيَّةَ . . بَطَلَتْ ، كَمَا لَوْ وَصَّى لَهُ بِشَيْءٍ فَرَدَّهُ .

والثاني : لَا تَبْطُلُ بَلْ يُسْتَأْجَرُ غَيْرُهُ بِأَقَلِّ مَا يُوْخَذُ ، وَهُوَ الْأَصَحُّ ؛ لِأَنَّهَا وَصِيَّةٌ تَتَضَمَّنُ قُرْبَةً ، فَإِذَا رَدَّهَا الْمُوصِيُّ لَهُ . . لَمْ تَبْطُلِ الْقُرْبَةُ ، كَمَا لَوْ وَصَّى أَنْ يُبَاعَ لَهُ ثَوْبٌ

مِنْ رَجُلٍ بِمُحَابَاةٍ ، وَيُتَصَدَّقُ بِثَمْنِهِ ، فَأَمْتَنَعَ الْمَوْصِي لَهُ بِالشَّرَاءِ عَنِ الشَّرَاءِ . . فَإِنَّ الثَّوْبَ يَبَاعُ مِنْ غَيْرِهِ وَيُتَصَدَّقُ بِثَمْنِهِ .

فرعٌ : [وصى بثلثه للحجيج] :

وإن أوصى بثلثه للحجيج . . قال الشافعي : ( أحببت أن يدفع إلى فقراء الحجيج ؛ لأنهم أحوج إليه ، فإن دفع إلى أغنيائهم . . جاز ) ؛ لأن أسم الحجيج يجمعهم .

مسألةٌ : [وصى بمئة لحج تطوع] :

وإن أوصى بأن يحج عنه رجل بمئة حجة تطوع ، وأوصى بما بقي من ثلثه بعد المئة لآخر ، وأوصى بثلث ماله لثالث ، فإن كان ثلثه مئة فما دونها . . فلا وصية للموصى له بالبقية بعد المئة . فإن أجاز الورثة الوصيتين : أعطى كل واحد من الموصى لهما ثلث ماله<sup>(١)</sup> . وإن لم يُجيزوا ما زاد على الثلث . . قسّم الثلث بينهما نصفين .

وإن كان ثلثه أكثر من مئة ، بأن كان ماله أربع مئة وخمسين ، وأجاز الورثة الوصيتين . . دفع إلى الموصى له بالمئة مئة ، وإلى الموصى له بالبقية خمسون ، وإلى الموصى له بالثلث مئة وخمسون . وإن لم يُجيزوا ما زاد على الثلث . . ردّ الوصيتان إلى الثلث - وهو : مئة وخمسون - فيعاد الموصى له بالمئة الموصى له بالثلث بالموصى له بالبقية معه ، فيقسّم الثلث بينهما نصفين ، فيأخذ الموصى له بالثلث نصفه - وهو : خمسة وسبعون - وفي النصف الآخر وجهان :

أحدهما : أنه يأخذ الموصى له بالمئة ؛ لأن الموصى له بالبقية إنما حقه فيما زاد على المئة ، ولم يزد على المئة شيء .

والثاني : أن الموصى له بالمئة ، والموصى له بالبقية يقتسمان هذا النصف بينهما ،

(١) في حاشية نسخة : ( هذا إذا كان الثلث مئة كاملة ، فأما إذا كان الثلث دونها . . فإنه تجب المفاضلة بين الموصى لهما ) .

كما كانا يقتسمان جميع الثلث عند الإجازة ، فيقتسمان هاهنا الخمسة والسبعين على ثلاثة ، للموصي له بالمئة : سهمان ، وللموصي له بالبقية : سهم . وإن كان الثلث مئتين . . فإنهما يقتسمان المئة عند الرد بينهما نصفين ؛ لأن الوصية بالثلث زاحمتها معاً في حقيهما فأدخلت الضرر عليهما ، كأصحاب الفروض في المواريث ، والأول هو المذهب ؛ لأن الموصي له بالبقية إنما وقعت وصيته بشرط ، ولم يوجد الشرط بخلاف أصحاب الفروض ، فإن أولئك تساوت حقوقهم .

فأما إذا أوصى لرجل بثلث ماله ، وأوصى أن يحج عنه رجل بمئة من ثلثه حجة التطوع ، وأوصى لثالث بما بقي من ثلثه بعد المئة . . فقد اختلف أصحابنا فيها : فذهب أكثرهم إلى : أن الحكم فيها كالحكم في التي قبلها ؛ لأنها وصية بثلثي ماله . ومنهم من قال : لا تصح الوصية للموصي له بالبقية بعد المئة ؛ لأنه لما أوصى للأول بثلث ماله . . علم أنه لا يبقى بعد المئة شيء .

فعلى هذا : إن أجاز الورثة الوصيتين . . دُفع إلى الموصي له بالثلث الثلث ، وإلى الموصي له بالمئة مئة . وإن لم يُجيزوا ما زاد على الثلث . . قُسم الثلث بينهما على قدر حقيهما<sup>(١)</sup> عند الإجازة ، فإن كان الثلث مئة . . أقتسماها نصفين . وإن كان الثلث مئتين . . أقتسماها على ثلاثة : للموصي له بالثلث سهمان ، وللموصي له بالمئة سهم . وإن كان الثلث ألفاً . . أقتسماه على أحد عشر سهماً : للموصي له بالثلث عشرة أسهم ، وللموصي له بالمئة سهم ، والأول أصح ؛ لأنه لما أوصى بالمئة بعد الثلث . . علم أنه أراد منه الثلث الثاني ، فكانت كالأولى .

**مسألة :** [أوصى بعبد ولاخر بما بقي من الثلث] :

وإن أوصى لرجل بعبد ، ولاخر بما بقي من ثلثه . . ففيه أربع مسائل :

إحداهن : أن يموت الموصي والعبد باق بحالة سليمة : فإن العبد يقوم مع باقي التركة ، ويُنظر : كم قدر ثلثها ؟ فيُدفع العبد إلى الموصي له به ، فإن بقي من الثلث

(١) في ( م ) : ( حصتهما ) .



شيء . . . دُفِعَ إِلَى الموصي لَهُ بالبقية تمامُ الثلث . وَإِنْ أَسْتَغْرَقَتْ قِيمَةُ الْعَبْدِ الثُّلُثَ . . فلا شيءَ للموصي لَهُ بالبقية ؛ لَأَنَّهُ لَمْ يَبْقَ لَهُ شَيْءٌ .

الثانية : أَنْ يَصِيبَ الْعَبْدَ عَيْبٌ بَعْدَ مَوْتِ الموصي : فَإِنَّ الْعَبْدَ يُقَوِّمُ يَوْمَ مَاتَ سَيِّدُهُ سَلِيمًا ، وَتُحَسَبُ قِيمَتُهُ سَلِيمًا فِي التَّرَكَةِ ، وَيُنْظَرُ : مَا بَقِيَ مِنْ ثُلْثِ التَّرَكَةِ بَعْدَ قِيمَتِهِ سَلِيمًا ، فَيُدْفَعُ ذَلِكَ إِلَى الموصي لَهُ بالبقية ، وَيُدْفَعُ الْعَبْدُ مَعِينًا إِلَى الموصي لَهُ بِهِ ؛ لَأَنَّهُ كَانَ سَلِيمًا وَقَدْ أَسْتَحَقَّاقِ الوصية . وَإِنَّمَا نَقَصَ بَعْدَ ذَلِكَ بِغَيْرِ تَفْرِيطٍ مِنْ أَحَدٍ .

الثالثة : إِذَا مَاتَ الْعَبْدُ بَعْدَ مَوْتِ سَيِّدِهِ ، وَقَبْلَ قَبُولِ الوصية فِيهِ . . فَقَدْ بَطَلَتِ الوصية بِهِ لِفَوَاتِهِ ، إِلَّا أَنَّهُ مُحْسُوبٌ فِي التَّرَكَةِ ، فَيُنْظَرُ : كَمْ قَدَّرُ ثُلْثِ التَّرَكَةِ ؟ وَتَسْقُطُ قِيمَتُهُ مِنَ الثُّلُثِ . فَإِنْ بَقِيَ شَيْءٌ بَعْدَ قِيمَتِهِ . . دُفِعَ ذَلِكَ إِلَى الموصي لَهُ بالبقية .

الرابعة : إِذَا مَاتَ الْعَبْدُ قَبْلَ مَوْتِ سَيِّدِهِ . . فَإِنَّ الْعَبْدَ غَيْرُ مُحْسُوبٍ فِي التَّرَكَةِ ؛ لَأَنَّهُ لَمْ يُخْلَفْهُ السَيِّدُ ، فَتَقَوِّمُ التَّرَكَةُ ، وَيُنْظَرُ : كَمْ قَدَّرُ الثُّلُثُ ؟ وَيَقَوِّمُ الْعَبْدُ يَوْمَ مَاتَ ، وَيَسْقُطُ ذَلِكَ مِنَ الثُّلُثِ ، وَيُدْفَعُ إِلَى الموصي لَهُ بالبقية مَا بَقِيَ بَعْدَ ذَلِكَ ، وَلَا تَبْطُلُ الوصية لِصَاحِبِ الْبَقِيَّةِ بِمَوْتِ الْعَبْدِ ؛ لِأَنَّهُمَا وَصِيَّتَانِ فَلَا تَبْطُلُ إِحْدَاهُمَا بِبَطْلَانِ الْأُخْرَى ، كَمَا لَوْ وَصَّى لِرَجُلَيْنِ فَرَدَّ أَحَدُهُمَا وَقَبِلَ الْآخَرُ .

مسألة : [أوصى بمنفعة عبد] :

إِذَا أَوْصَى لَهُ بِمَنْفَعَةٍ عَبْدٍ ، فَمَاتَ الموصي ، وَقَبِلَ الموصي لَهُ ، وَخَرَجَ الْعَبْدُ مِنَ الثُّلُثِ . . مَلَكَ الموصي لَهُ مَنْفَعَتَهُ وَأَكْسَابَهُ ، وَلَهُ أَنْ يَنْتَفِعَ بِهِ بِنَفْسِهِ ، وَيُؤَاجِرَهُ ، وَيُعِيرَهُ ، وَيُوصِيَ بِهِ ، وَهَلْ لَهُ أَنْ يُسَافِرَ بِهِ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ ، حَكَاهُمَا الْمَسْعُودِيُّ [فِي «الْإِبَانَةِ» ق/٤١٨] : الْمَشْهُورُ : أَنَّ لَهُ ذَلِكَ كَعَبْدِهِ الَّذِي يَمْلِكُهُ .

وَإِنْ أَلْتَقَطَ هَذَا الْعَبْدُ لُقْطَةً ، أَوْ وَهَبَ لَهُ مَالٌ . . قَالَ فِي «الْإِفْصَاحِ» : أَحْتَمَلُ وَجْهَيْنِ بِنَاءً عَلَى الْقَوْلَيْنِ أَنَّ ذَلِكَ يَدْخُلُ فِي الْمَهَايَةِ :

فَإِنْ قُلْنَا : إِنَّهُ يَدْخُلُ فِي الْمَهَايَةِ فِي الْعَبْدِ بَيْنَ الشَّرِيكَيْنِ . . كَانَ ذَلِكَ لِلْمَوْصِي لَهُ .

وَإِنْ قُلْنَا : لَا يَدْخُلُ فِي الْمَهَايَةِ . . كَانَ ذَلِكَ لِمَالِكِ الرِّقْبَةِ .



وإن مات الموصي له والعبد باقٍ . . فهل يرث ورثته المنفعة ؟ فيه وجهان ،  
حكاها في « الإفصاح » ، و « الإبانة » :

أحدهما : لا تورث عنه ، بل تكون لمالك الرقبة . وبه قال أبو حنيفة ؛ لأن الميراث لا يجري في المنافع .

والثاني - وهو الأصح - : أنها تورث عنه كسائر أمواله ، ولا يُسلم : أن الميراث لا يجري في المنافع ؛ لأنه لو أستاذج عينا ومات قبل أستيفاء المنفعة . . ورثها ورثته ، وعلى من تجب نفقة هذا العبد ؟ حكى الشيخ أبو حامد فيه وجهين :

أحدهما : تجب على مالك الرقبة ؛ لأن النفقة للرقبة ، فكانت على مالِكها .

والثاني : أنها في كسبه ؛ لأنه لا يمكن إيجابها على مالك المنفعة ؛ لأنه لا يملك الرقبة ، ولا يمكن إيجابها على مالك الرقبة ؛ لأنه لا يملك المنفعة ، فكانت في كسبه ، فإن لم يكن في كسبه وفاء أو لا كسب له . . كانت في بيت المال .

وحكى الشيخ أبو إسحاق فيها وجهاً ثالثاً : أنها تجب على الموصي له بالمنفعة ؛ لأن الكسب له .

وإن قتل هذا العبد حرّاً أو قتله عبدٌ خطأ . . وجبت قيمته ، وماذا يُصنع بها ؟ فيه وجهان :

أحدهما : تكون ملكاً لمالك الرقبة ؛ لأنها بدلها ، فكانت لمالكها .

والثاني - وهو الصحيح - : أنه يشتري بها عبدٌ تكون منفعته للموصي له ، ورقبته لورثة الموصي ؛ لأن لكل واحد منهما حقاً فيما قام مقام الأصل ، فلم يجز إبطاله .

وإن قتل عبدٌ عمداً . . فمن يستوفي القصاص ؟ فيه وجهان ، حكاها المسعودي

[في « الإبانة » ق/٤١٨] :

أحدهما : يستوفيه مالك الرقبة .

والثاني - وهو قول أبي حنيفة - : ( أن الاستيفاء للموصي له )<sup>(١)</sup> .

فَإِنْ قَطَعَ رَجُلٌ طَرَفَهُ . . وَجَبَ عَلَيْهِ الْأَرْشُ ، وَلَمَنْ يَكُونُ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ :  
أَحَدُهُمَا : أَنَّهُ لِمَالِكِ الرِّقْبَةِ ؛ لِأَنَّهُ بَدَلُهَا .

وَالثَّانِي : أَنَّ مَا قَابَلَ مِنَ الْأَرْشِ مَا نَقَصَ مِنْ قِيَمَةِ الرِّقْبَةِ يَكُونُ لِمَالِكِ الرِّقْبَةِ ، وَمَا قَابَلَ مِنْهُ مَا نَقَصَ مِنَ الْمُنْفَعَةِ يَكُونُ لِلْمَوْصِي لَهُ .

وَمِنْ أَصْحَابِنَا مَنْ قَالَ : إِنْ كَانَ الْمُتَلَفُ مِمَّا يَنْقُصُ مَنَفْعَةَ الْعَبْدِ كَالْيَدِ وَالرَّجْلِ . . أَخَذَ أَرْشُهُ وَأَشْتَرِيَ بِهِ عَبْدًا أَوْ جُزْءًا مِنْ عَبْدٍ تَكُونُ مَنَفَعَتُهُ لِلْمَوْصِي لَهُ ، وَرَقْبَتُهُ لَوَارِثِ الْمَوْصِي . وَإِنْ كَانَ الْمُتَلَفُ مِمَّا لَا يَنْقُصُ الْمُنْفَعَةَ كَالذِّكْرِ<sup>(١)</sup> وَنَحْوِهِ . . كَانَ أَرْشُهُ لِمَالِكِ الرِّقْبَةِ وَحْدَهُ .

وَإِنْ جَنَى هَذَا الْعَبْدُ عَلَى غَيْرِهِ ، فَإِنْ أَتَّفَقَا عَلَى فِدْيَتِهِ . . فَدْيَاهُ ، وَكَانَ بَاقِيًا مَا كَانَ عَلَيْهِ . وَإِنْ فَدَاهُ أَحَدُهُمَا دُونَ الْآخَرِ . . كَانَ مَتَطَوُّعًا . وَإِنْ أَمْتَنَا مِنَ الْفَدْيَةِ . . بَاعَ عَلَيْهِمَا .

فَرَعٌ : [وَصَّى بِمُنْفَعَةٍ جَارِيَةٍ] :

وَإِنْ كَانَ الْمَوْصِيُّ بِمُنْفَعَتِهِ جَارِيَةً ، فَأَتَتْ بَوْلِدٍ مِنْ زَوَاجٍ أَوْ زِنَا . . فَفِيهِ وَجْهَانِ :  
أَحَدُهُمَا : أَنَّ الْوَلَدَ لِلْمَوْصِيِّ لَهُ بِالْمُنْفَعَةِ ، كَمَا قُلْنَا فِي كَسْبِهَا .

وَالثَّانِي : أَنَّهُ يَكُونُ كَأُمِّهِ ، مَنَفَعَتُهُ لِلْمَوْصِيِّ لَهُ ، وَرَقْبَتُهُ لِلْوَارِثِ ؛ لِأَنَّهُ كَجُزْءٍ مِنْهَا .  
وَيَجُوزُ تَزْوِيجُهَا ، وَفِي مَنِّ يَمْلِكُ عَقْدَ النِّكَاحِ عَلَيْهَا ثَلَاثَةُ أَوْجِهٍ :  
أَحَدُهَا : أَنَّ ذَلِكَ إِلَى الْمَوْصِيِّ لَهُ بِالْمُنْفَعَةِ ؛ لِأَنَّ مَهْرَهَا لَهُ .

وَالثَّانِي : أَنَّهُ لِمَالِكِ الرِّقْبَةِ ؛ لِأَنَّ مِلْكَ الرِّقْبَةِ لَهُ .

وَالثَّلَاثُ : لَا يَصَحُّ إِلَّا بِاجْتِمَاعِهِمَا ؛ لِأَنَّ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فِيهَا حَقٌّ ، فَلَمْ يَنْفَرِدْ أَحَدُهُمَا بِالْعَقْدِ عَلَيْهَا ، كَالْجَارِيَةِ بَيْنَ الشَّرِيكَيْنِ .

وَإِنْ أَرَادَ أَحَدُهُمَا وَطَّأَهَا . . لَمْ يَكُنْ لَهُ ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لَا يَمْلِكُهَا مِلْكًا تَامًّا ،

(١) أَيُّ آلَةِ الْوُطْءِ .

والوَطءُ لا يجوزُ إلاَّ في ملك تامٍّ ، كالجارية بينَ الشريكين . هذه طريقةُ أصحابنا البغداديين<sup>(١)</sup> .

وقال المسعودي [في « الإبانة » ق/٤٠٧] : يجوزُ وَطؤها لملك الرقبة . والأوَّلُ أصحُّ ، وعليه التفرُّع .

إذا ثبتَ هذا : فإنَّ وَطئها الموصى له بالمنفعة . . فلا حدَّ عليه ؛ لأنَّ له فيها شبهةً ، ولا مهرَ عليه ؛ لأنَّ المهرَ له .

وإنَّ أتت منه بوليدٍ . . فالولدُ حرٌّ للشُّبهة :

فإنَّ قلنا : إنَّ الولدَ الذي تأتي به من الزَّنا أو النكاح يكونُ مملوكاً للموصى له . . لم يجبْ عليه هاهنا قيمتهُ .

وإنَّ قلنا : إنَّ الولدَ الذي تأتي به من الزَّنا أو النكاح يكونُ كامئاً . . أخذتْ منه قيمتهُ ، وماذا يُصنعُ بها ؟ فيه وجهان ، كما لو قُتلتِ الأمُّ :

أحدهما : يكونُ المِلكُ لملك الرقبة .

والثاني : يُشترى بها عبدٌ تقومُ مقامه منفعةُ الموصى له ، ورقبتهُ لورثة الموصي .

وإنَّ وَطئها وارثُ الموصي . . فلا حدَّ عليه للشُّبهة ، ويجبُ عليه المهرُ للموصى له . وإنَّ أتت منه بوليدٍ . . كانَ حرّاً ؛ لأنَّ له فيها شبهةً ملك .

وأما قيمةُ الولدِ ، فإنَّ قلنا : لو كانَ مملوكاً كانَ للموصى له . . لزمَ وارثُ الموصي دفعُ قيمتهِ إلى الموصى له ، وإنَّ قلنا : يكونُ موقوفاً كامئاً . . فقد أتلَفَ الوارثُ رِقَّه .

فإنَّ قلنا : لو قُتِلَ تكونُ قيمتهُ لملك الرقبة . . لم يجبْ عليه قيمتهُ ؛ لأنَّها لو وجبتْ عليه . . لكانتْ له .

وإنَّ قلنا : يُشترى بها<sup>(٢)</sup> ما يقومُ مقامه . . أخذتْ منه القيمةُ ، وأشترى بها ولدٌ تكونُ منفعةُ الموصى له ، ورقبتهُ لورثة الموصي .

(١) في حاشية نسخة : ( لو أوصى بخدمة أمته لرجل . . فللوارث وطاء الجارية الموصى بخدمتها كالجارية المؤجرة ) .

(٢) في ( م ) : ( مكانها ) .

فرعٌ : [بيع مالك الرقبة مع أنه قد بذل المنفعة لغيره] :

إذا أراد مالك الرقبة بيع الرقبة . . فهل يصح بيعه لها ؟ فيه ثلاثة أوجه :

أحدها : يصح ؛ لأنه بيع صادق ملكاً له ، فهو كما لو لم يكن موصى بمنفعتها .

والثاني : لا يصح بيعه ؛ لأنه بيع ما لا منفعة فيه ، فهو كبيع الجعلان والخنافس .

والثالث : إن باعها من الموصى له بالمنفعة . . صح بيعه ؛ لأنه يحصل له الرقبة والمنفعة ، فتكون بيع ما فيه منفعة . وإن باعها من غيره . . لم يصح ؛ لأنه لا ينتفع بالرقبة من غير منفعة .

فإن أعتقها مالك الرقبة . . صح عتقه ؛ لأن العتق صادق ملكه ، وللموصى له أن يستوفي منفعته ؛ لأنه ملكها قبل العتق ، فهو كما لو استأجر رجل عبداً ثم أعتقه ماله .

ولا يرجع المعتق على الذي أعتقه بشيء ، بخلاف العبد إذا أجره سيده ثم أعتقه قبل أنقضاء الإجارة . . فإنه يرجع عليه بأجرته بعد العتق في أضعف القولين .

والفرق بينهما : أن السيد هناك ملك عوض منفعته ، وهاهنا : الوارث لم يملك عوض منفعته ، فلذلك لم يرجع عليه بشيء .

فرعٌ : [طلب مضاربة المال بعد الموت والربح نصفين] :

إذا دفع رجل إلى رجل مالا ، وقال : إذا مت . . فتصرف فيه بالبيع والشراء ، وما حصل فيه من الربح فلك نصفه ، فمات . . فلا يجوز له أن يتصرف فيه .

وأختلف أصحابنا في علته :

فقال ابن الحداد : لأن المال قد انتقل إلى ملك وارث الموصي .

ومنهم من قال : هذه العلة غير صحيحة ؛ لأنه لو أوصى لرجل بمنفعة داره أو عبده . . صح وإن كان قد انتقل إلى ملك وارثه ، وإنما العلة : أنه لم يوص له بعين ولا

منفعة عين مع بقائها ، فلم يصح ، كما لو أوصى أن يُقرض<sup>(١)</sup> فلان كذا وكذا من ماله .

وقال القاضي أبو الطيب : إنما لم يصح لأنه عقد مضاربة على شرط مستقبل ، فلم يصح ، كما لو قال : قارضتك على هذا المال إذا قدم الحاج .

فرع : [أوصى بعتاء لجماعة] :

إذا قال : أعطوا زيداً عشرة من ثلثي ، وعبد الله عشرة من ثلثي ، وخالداً خمسة من ثلثي ، وقدموا خالداً على عبد الله ، وكان ثلثه عشرين . . أعطى زيداً ثمانية ، وخالداً خمسة ، وعبد الله سبعة ؛ لأن الوصية تزيد على الثلث بالخمس . فلو لم يقل : قدموا خالداً على عبد الله . . لوجب أن ينقص كل واحد منهم خمس ما وصى له به ، فلمّا قال : قدموا خالداً على عبد الله . . اقتضى ذلك توفير حصّة عبد الله على خالد ، ويُجعل نقصان حقه من حق عبد الله .

ولو قال : قدموا خالداً على زيد . . لأعطى زيداً سبعة ، وعبد الله ثمانية ، وخالداً خمسة .

مسائل من الدور<sup>(٢)</sup> في الهبة : لو أنّ مريضاً وهب لرجل عبداً يساوي مئة ، فقبضه الموهوب له بإذنه ، ثمّ إنّ الموهوب له مرض ، فوهب ذلك العبد من الذي وهبه منه وأقبضه إيّاه ، ولا مال لهما غيره ، وماتا<sup>(٣)</sup> من مرضهما ذلك ، ولم يُجز ورثتهما ، فإن قلنا : إنّ الاعتبار بالتركة حال الوصية . . فلا دور في هذه المسألة وأشباهها ، بل تصح هبة الأول في ثلث العبد ، ثمّ يرجع إليه من ذلك الثلث ثلثه - وهو : التسع - .

وإن قلنا بالمذهب ، وأنّ الاعتبار بالتركة حال موت الموصي . . وقع الدور ؛ لأنّ الموهوب لمّا وهب للواهب . . ازدادت تركته ، فتصح هبته في أكثر من ثلث العبد ، ثمّ

(١) في حاشية نسخة : ( لا فرق بين القرض والبيع في غيره محاباة ) .

(٢) الدور - عند المناطق - : ( توقف كل من الشيئين على الآخر ) .

(٣) أي كل من الواهب والموهوب له .



تصحُّ هبةُ الثاني في ثلث ما صحَّ له من العبد ، فأحتيج إلى قطع الدَّور فنقول : صحَّت هبةُ الأوَّل في شيء من العبد ، فلمَّا وهبهُ الموهوب من الواهب . . رجع إلى الواهب ثلث ذلك الشيء ، فمات الواهب الأوَّل وفي يد ورثته عبدٌ يساوي مئة إلا ثلثي شيء تعدل شيئين ، فأجبر المئة بثلثي الشيء الذي نقصت به المئة ، ورُدَّ ذلك على الشيئين المعادلين لها ، فتصير مئة تعدل شيئين وثلثي شيء ، فأقسط الشيئين أثلاثاً ، وضمَّ إليه ثلثي الشيء فيصير ثمانية أجزاء ، فالشيء الكامل ثلاثة أجزاء من ثمانية - وهو الذي صحَّت به هبةُ الأوَّل - ثمَّ يرجع إلى الأوَّل من هبة الثاني جزء من الثلاثة ، فيصير مع ورثته ستة أثمان العبد - وهو مثلاً ما صحَّت الهبة منه فيه - ويبقى مع ورثة الثاني جزءان من ثمانية - وهو مثلاً ما صحَّت الهبة منه فيه .

فلو أنَّ الواهب الأوَّل اعتق هذا العبد بعد أن أتهبه من الثاني . . فإنَّ أبا العباس ابن سريج قال : يدخل<sup>(١)</sup> عتقه في تمام الثلث - وهو سهمان من أربعة وعشرين - فيكون لورثة الموهوب له الأوَّل<sup>(٢)</sup> أربعة أسهم ، ويعتق منه سهمان ، ويبقى لورثة الواهب الأوَّل ستة عشر سهماً مثلاً ما خرج منه بالهبة والعتق .

وقال ابن اللبان : هذا خطأ ، بل لا يعتق منه شيء ؛ لأنَّه بدأ بالهبة قبل العتق ولم يحتمل الثلث للهبة أكثر من ثلاثة أثمانه ، فكيف يصحُّ العتق بعده<sup>(٣)</sup> ؟ ولأنَّ هبة الأوَّل قد صحَّت في تسعة أسهم من أربعة وعشرين ، ثمَّ يصحُّ عتقه في سهمين ، فيؤدِّي إلى أن تصحَّ وصيته في أحد عشر من أربعة وعشرين ، ويبقى مع ورثته ثلاثة عشر<sup>(٤)</sup> ، وذلك أقلُّ من مثلي ما خرج منه بالوصية . . وذلك لا يجوز .

(١) في ( م ) : ( ينفذ ) .

(٢) يعني الثاني .

(٣) في حاشية نسخة : ( وتفسد من وجه آخر : وهو أنه أجاز هبته في تسعة أسهم ، وعتقه في سهمين ، فصار جميع وصيته أحد عشر سهماً ، ثم جعل للورثة ستة عشر سهماً ، وذلك أقل من مثلي ما أخرجه بالوصية ، فصارت الوصية أكثر من الثلث . من « مختصر ابن اللبان » ) .

(٤) في هامش نسخة : ( صوابه : ستة عشر ؛ لأنه قد رجع إلى ورثته من التسعة ثلثها بالهبة الثانية ) .

فَإِنْ لَمْ يُعْتَقَهُ الْأَوَّلُ وَلَكِنْ خَلَّفَ الْوَاهِبُ الثَّانِي سِتِّينَ دِرْهَمًا . . فَإِنَّكَ تَقُولُ : تَصْخُ هَبَةُ الْأَوَّلِ فِي شَيْءٍ مِنَ الْعَبْدِ ، وَتَصْخُ هَبَةُ الثَّانِي فِي ثُلْثِ ذَلِكَ الشَّيْءِ وَفِي قَدْرِ ثُلْثِ الدَّرَاهِمِ الَّتِي تَرَكَهَا ، فَيَكُونُ مَعَ وَرَثَةِ الْأَوَّلِ مِئَةٌ وَعِشْرُونَ دِرْهَمًا إِلَّا ثُلْثِي شَيْءٍ يَعْدِلُ شَيْئَيْنِ ، فَإِذَا جُبِرَتْ . . عَدَلَتْ شَيْئَيْنِ وَثُلْثِي شَيْءٍ ، الشَّيْءُ الْوَاحِدُ ثَلَاثَةُ أَثْمَانِ مِئَةٍ وَعِشْرِينَ - وَهُوَ خَمْسَةٌ وَأَرْبَعُونَ - وَهُوَ الَّذِي صَحَّتْ فِيهِ هَبَةُ الْأَوَّلِ - وَهُوَ رُبْعُ الْعَبْدِ وَخُمْسُهُ - فَإِذَا أُنْضِمَّ ذَلِكَ إِلَى تَرَكَةِ الْوَاهِبِ الثَّانِي . . كَانَتْ تَرَكَّتُهُ مِئَةٌ وَخَمْسَةٌ ، فَتَصْخُ هَبَتُهُ فِي قَدْرِ ثُلْثِ ذَلِكَ - وَهُوَ خَمْسَةٌ وَثَلَاثُونَ - وَهُوَ ثُلْثُ شَيْءٍ وَعِشْرُونَ دِرْهَمًا ، فَإِذَا ضُمَّتْ ذَلِكَ إِلَى خَمْسَةٍ وَخَمْسِينَ مِنْ قِيَمَةِ الْعَبْدِ بَعْدَ الْهَبَةِ الْأُولَى . . صَارَ ذَلِكَ تِسْعِينَ - وَهُوَ مِثْلًا مَا صَحَّتْ فِيهِ هَبَةُ الْأَوَّلِ - وَيَبْقَى لَوَرَثَةِ الْوَاهِبِ الثَّانِي عِشْرُ الْعَبْدِ ، وَقِيَمَتُهُ عَشْرَةٌ وَسِتُّونَ دِرْهَمًا<sup>(١)</sup> - وَهُوَ مِثْلًا مَا صَحَّتْ فِيهِ هَبَتُهُ .

فَرَعٌ : [وَهَبَ أَخَاهُ فِي مَرَضٍ مَوْتَهُ فَمَاتَ قَبْلَهُ] :

وَإِنْ وَهَبَ رَجُلٌ مَرِيضٌ لِأَخِيهِ مِئَةَ دِرْهَمٍ ، وَأَقْبَضَهُ إِيَّاهَا ، فَمَاتَ الْأَخُ الْمَوْهُوبُ لَهُ أَوَّلًا ، وَخَلَّفَ بَنَاتًا وَأَخَاهُ الْوَاهِبُ لَهُ ، ثُمَّ مَاتَ الْوَاهِبُ مِنْ مَرَضِهِ ذَلِكَ ، وَلَا مَالَ لَهُمَا غَيْرُ هَذِهِ الْمِئَةِ . . فَإِنَّكَ تَقُولُ : صَحَّتِ الْهَبَةُ فِي شَيْءٍ مِنَ الْمِئَةِ ، فَلَمَّا مَاتَ الْمَوْهُوبُ لَهُ . . وَرَثَ الْوَاهِبُ نِصْفَ ذَلِكَ الشَّيْءِ ، فَبَقِيَ فِي يَدِ وَرَثَتِهِ مِئَةٌ إِلَّا نِصْفَ شَيْءٍ تَعْدِلُ شَيْئَيْنِ ، فَإِذَا جُبِرَتْ . . عَدَلَتْ الْمِئَةُ شَيْئَيْنِ وَنِصْفَ شَيْءٍ ، فَالشَّيْءُ خُمُسَا الْمِئَةِ - وَهُوَ أَرْبَعُونَ دِرْهَمًا - وَهُوَ الَّذِي صَحَّتْ فِيهِ الْهَبَةُ ، فَلَمَّا مَاتَ الْمَوْهُوبُ لَهُ . . وَرَثَ الْوَاهِبُ مِنْهُ عِشْرِينَ ، فَيَصِيرُ مَعَ وَرَثَتِهِ ثَمَانُونَ ، وَهُوَ مِثْلًا هَبَتِهِ .

فَإِنْ تَرَكَ الْمَوْهُوبُ لَهُ مِئَةَ غَيْرِ الْمِئَةِ الْمَوْهُوبَةِ . . فَإِنَّكَ تَقُولُ : صَحَّتِ الْهَبَةُ فِي شَيْءٍ مِنَ الْمِئَةِ الْمَوْهُوبَةِ ، ثُمَّ يَرِثُ الْوَاهِبُ نِصْفَ ذَلِكَ الشَّيْءِ وَنِصْفَ الْمِئَةِ الَّتِي تَرَكَهَا الْمَوْهُوبُ لَهُ ، فَيَبْقَى فِي يَدِ وَرَثَةِ الْوَاهِبِ مِئَةٌ وَخَمْسُونَ إِلَّا نِصْفَ شَيْءٍ يَعْدِلُ شَيْئَيْنِ ،

(١) فِي حَاشِيَةِ نَسْخَةِ : ( هَذَا كَلَامٌ مُسْتَقِيمٌ ؛ لِأَنَّ الْوَرِثَةَ بَقِيَ لَهُمْ جُزْءٌ مِنَ الْعَبْدِ ) .

فَإِذَا جُبِرَتْ . . عَدَلْتُ<sup>(١)</sup> شَيْئَيْنِ وَنَصَفَ شَيْءٍ ، وَالشَّيْءُ الْكَامِلُ<sup>(٢)</sup> خُمُسًا ذَلِكَ - وَهُوَ سِتُّونَ دِرْهَمًا - فَتَصْحُ الْهَبَةُ فِي سِتِّينَ دِرْهَمًا مِنَ الْمِئَةِ ، وَيَبْقَى مِنْهَا أَرْبَعُونَ ، فَيَصِيرُ مَعَ الْمَوْهوبِ لَهُ مِئَةٌ وَسِتُّونَ ، فِيرِثُ الْوَاهِبُ نِصْفَ ذَلِكَ - وَهُوَ ثَمَانُونَ - مَعَ الْأَرْبَعِينَ الَّتِي بَقِيَتْ مِنَ الْمِئَةِ فَيَصِيرُ مَعَ وَرَثَتِهِ مِئَةٌ وَعِشْرُونَ ، وَهُوَ مِثْلًا هَبْتِهِ .

وَهَكَذَا : الْحَكْمُ فِيمَنْ وَهَبَ زَوْجَتَهُ فِي مَرَضٍ مَوْتَهُ مِئَةٌ ، وَمَاتَتِ الزَّوْجَةُ قَبْلَهُ وَلَمْ تَخْلُفْ وَلَدًا ، وَوَرِثَهَا الزَّوْجُ .

فَإِنْ مَاتَتِ الزَّوْجَةُ وَلَا مَالَ لَهَا غَيْرُ الْمِئَةِ الَّتِي وَهَبَهَا الزَّوْجُ ، وَعَلَيْهَا دِينَ عَشْرَةٌ . . فَحِسَابُهُ أَنْ نَقُولَ : تَصْحُ الْهَبَةُ لِلزَّوْجَةِ فِي شَيْءٍ مِنَ الْمِئَةِ ، يَخْرُجُ مِنْ ذَلِكَ الشَّيْءِ عَشْرَةٌ دَيْنُهَا ، ثُمَّ يَرِثُ الزَّوْجُ نِصْفَ مَا بَقِيَ بَعْدَ الدَّيْنِ ، وَهُوَ نِصْفُ شَيْءٍ إِلَّا خَمْسَةً ، فَيَحْصُلُ لَوَرِثَةِ الزَّوْجِ خَمْسَةٌ وَتَسْعُونَ دِرْهَمًا إِلَّا نِصْفَ شَيْءٍ يَعْدِلُ شَيْئَيْنِ ، فَإِذَا جُبِرَتْ . . عَدَلْتُ شَيْئَيْنِ وَنِصَفًا ، فَالشَّيْءُ خُمُسًا خَمْسَةً وَتَسْعِينَ - وَهُوَ ثَمَانِيَةٌ وَثَلَاثُونَ<sup>(٣)</sup> - وَهُوَ الَّذِي صَحَّتْ فِيهِ الْهَبَةُ ، فَيَخْرُجُ مِنْهُ دَيْنُ الْمَرَأَةِ - عَشْرَةٌ - فَيَبْقَى ثَمَانِيَةٌ وَعِشْرُونَ ، فِيرِثُ الزَّوْجُ نِصْفَ ذَلِكَ - وَهُوَ أَرْبَعَةٌ عَشَرَ - وَهُوَ نِصْفُ شَيْءٍ إِلَّا خَمْسَةً دِرَاهِمَ ، فَإِذَا أُضِيفَتِ الْأَرْبَعَةُ عَشَرَ إِلَى اثْنَيْنِ وَسِتِّينَ - الَّذِي بَقِيَ مِنَ الْمِئَةِ - صَارَ ذَلِكَ سِتَّةً وَسَبْعِينَ ، وَهُوَ مِثْلًا مَا صَحَّتْ فِيهِ الْهَبَةُ .

وَإِنْ كَانَ الزَّوْجَانِ مَرِيضَيْنِ ، وَلِكُلٍّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِئَةٌ لَا مَالَ لَهُ غَيْرُهَا ، فَوَهَبَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِئَةً لِصَاحِبِهِ وَأَقْبَضَهُ ، ثُمَّ مَاتَا مِنْ مَرَضِهِمَا ذَلِكَ ، وَلَا وَلَدَ لَوَاحِدٍ<sup>(٤)</sup> مِنْهُمَا :

فَإِنْ مَاتَتِ الزَّوْجَةُ أَوَّلًا . . بَطَلَتْ هَبَتُهَا لِلزَّوْجِ ؛ لِأَنَّهُ وَارِثُهَا فَتَصْحُ الْهَبَةُ مِنَ الزَّوْجِ لَهَا فِي شَيْءٍ ، وَيَرِثُ الزَّوْجُ نِصْفَهُ وَنِصْفَ الْمِئَةِ الَّتِي خَلَفَتْهَا ، فَيَصْحُ مَعَ وَرَثَةِ الزَّوْجِ مِئَةٌ وَخَمْسُونَ إِلَّا نِصْفَ شَيْءٍ يَعْدِلُ شَيْئَيْنِ ، فَإِذَا جُبِرَتْ . . عَدَلْتُ شَيْئَيْنِ وَنِصْفَ شَيْءٍ ،

(١) أَيِ الْمِئَةِ وَالْخَمْسُونَ .

(٢) فِي ( م ) : ( وَنِصْفَا الشَّيْءِ الْكَامِلِ خَمْسًا ) .

(٣) يَصُورُ ذَلِكَ الشَّيْءُ :  $38 = 5 / 190 = 1 / 95 \times 5 / 2$

(٤) فِي ( م ) : ( لِأَحَدِهِمَا ) .

والشيءُ خُمسا ذلك<sup>(١)</sup> - وهو سِتُون درهماً - فيُضمُّ ذلك إلى مئة الزوجة ، فيرث الزوج نصف ذلك - وهو ثمانون - مع الأربعين التي بقيت من مئة الزوج<sup>(٢)</sup> ، فذلك مئة وعشرون ، وهو مثلاً هبته لها .

وإن مات الزوج أولاً . . بطلت هبته لها ؛ لأنها وارثته ، ويصح للزوج من هبتها شيء ، ثم ترث الزوجة ربع المئة التي خلفها الزوج ، فيجتمع لورثتها مئة وخمسة وعشرون درهماً إلا ثلاثة أرباع شيء يعدل شيئين ، فإذا جبرت . . عدلت شيئين وثلاثة أرباع شيء ، فإذا قسّطت<sup>(٣)</sup> الشيئين أرباعاً مع ثلاثة أرباع شيء . . كان ذلك أحد عشر جزءاً ، الشيء الكامل : أربعة أجزاء من أحد عشر جزءاً من مئة وخمسة وعشرين ، وذلك خمسة أجزاء من أحد عشر جزءاً من مئة الزوجة فتضم هذه الأجزاء إلى مئة الزوج - وهي أحد عشر جزءاً - فيكون له ستة عشر جزءاً ، ترث الزوجة منه أربعة أجزاء ، فتضمه إلى ستة أجزاء بقيت من مئة الزوجة . . فذلك عشرة أجزاء ، وهو مثلاً ما صحّت فيه هبتها .

فإن غرقا ولم يعلم أيهما مات أولاً . . لم يرث أحدهما صاحبه ، وصحّت الوصية لكل واحد منهما من صاحبه ، فنقول :

يكون<sup>(٤)</sup> للمرأة بهبة الزوج شيء تضمه إلى المئة التي لها ، فيجوز للزوج من ذلك وصية فيبقى لورثتها مئة درهم وشيء إلا وصية تعدل وصيتين ، فإذا جبرت . . صارت المئة والشيء يعدلان ثلاث وصايا ، الوصية الواحدة ثلاثة وثلاثون درهماً وثلاث دراهم وثلاث شيء ، فإذا ضممت ذلك إلى تركة الزوج . . صارت تركته مئة وثلاثة وثلاثين درهماً وثلاث دراهم إلا ثلثي شيء يعدل شيئين ، فإذا جبرت . . عدلت شيئين وثلثي شيء ، الشيء الكامل ثلاثة أثمان مئة وثلاثة وثلاثين وثلاث دراهم وهو خمسون

(١) ويكون المبلغ مئة وخمسين .

(٢) ويكون من مئة وستين ، لأن ملك الزوجة مئة ، والستون من هبة زوجها لها .

(٣) في ( م ) : ( بسطت ) .

(٤) في ( م ) : ( نجوز ) .



درهماً . وهو الجائزُ بهبةِ الزوج فيخرجُ منه للزوج وصيةٌ وقد كانت قيمةُ الوصيةِ ثلثَ شيءٍ وثلاثةٌ وثلاثينَ درهماً وثلثَ درهمٍ ، فإذا ضُمَّتَ ذلك . . كانَ خمسينَ درهماً ، فيصحُّ معَ ورثةِ الزوجِ مئةٌ مثلاً ما صحَّت فيه هبتهُ ، وتصحُّ معَ ورثةِ الزوجةِ مئةٌ مثلاً ما صحَّت هبتها فيه . وإنما يفيدُ ذلكَ في قدرِ انتقالِ الملكِ لكلِّ واحدٍ منهما من مئةٍ صاحبه .

**مسألة :** [وهب جارية فأثت بزيادة من مهر أو كسب أو ولد] :

إذا وَهَبَ في مرضٍ موتهِ لغيرهِ جاريةً قيمتها مئةٌ ، لا مالَ له غيرها ، وأقبضَهُ إيَّاهَا ، فوطئَهَا رجلٌ بشبهةٍ قَبْلَ موتِ سيِّدهَا ، ومَهَرُ مثلِهَا خمسونَ درهماً ، أو كسبتُ هَذِهِ الجاريةُ بعدَ الهبةِ والقبضِ وقَبْلَ موتِ سيِّدهَا خمسينَ درهماً :

فإن قلنا : تصحُّ هبةُ المريضِ فيما زادَ على ثلثِ تركتهِ ، وإجازةُ الورثةِ تنفيذُ لما فعلَهُ مورثُهُمْ . . فإنَّ جميعَ المهرِ والكسبِ للموهوبِ لَهُ ؛ لأنَّه حَدَثَ في ملكِهِ ، وإنما يرجعُ إلى الورثةِ ثلثُهَا إذا لم يُجيزُوا . ولا دَوْرَ في هَذَا .

وإن قلنا : لا تصحُّ هبةُ المريضِ فيما زادَ على ثلثِ تركتهِ ، وإجازةُ الورثةِ لفعله ابتداءً عطيةً منهم . . فقد زادتُ تركَةُ الميتِ هَاهُنَا قَبْلَ موتهِ :

فإن قلنا : الاعتبارُ بالتركةِ حالَ الوصيةِ . . فلا دَوْرَ هَاهُنَا أيضاً ، فتصحُّ الهبةُ في ثلثِ الجاريةِ ، وتبطلُ في ثلثيها ، فيكونُ لورثةِ الواهبِ ثلثُ الجاريةِ ، وثلثُ المهرِ والكسبِ ، وللموهوبِ لَهُ ثلثُهَا ، وثلثُ مهرِهَا ، وثلثُ كسبِهَا .

وإن قلنا بالمذهبِ : إنَّ الاعتبارَ بالتركةِ عندَ موتِ الموصي وعليهِ التفريعُ . . كَانَ هَاهُنَا دَوْرٌ ، فنقولُ : تصحُّ الهبةُ في شيءٍ مِنَ الجاريةِ ، فللموهوبِ لَهُ مِنَ المهرِ والكسبِ نصفُ شيءٍ ، وللواهبِ خمسونَ إلاَّ نصفَ شيءٍ ، فيكونُ معَ ورثتهِ مئةٌ وخمسونَ درهماً إلاَّ شيئاً ونصفَ شيءٍ يعدلُ شيئينِ ، فإذا جُبرتُ . . عدلتُ ثلاثةَ أشياءَ ونصفَ شيءٍ ، الشيءُ الكاملُ سُبْعاً مئةً وخمسينَ درهماً ، وهو ثلاثةُ أسباعِ الجاريةِ ، فتصحُّ الهبةُ في ثلاثةِ أسباعِهَا ، وتبطلُ في أربعةِ أسباعِهَا ، فيكونُ للواهبِ أربعةَ أسباعِ مهرِهَا وهو مهرٌ ما بطلتُ فيه الهبةُ - وذلكَ قدرُ سُبْعِي رقبَتِهَا - فيجتمعُ لورثةِ الواهبِ



أربعة أسباع رقبته ومثل سبعي رقبته من المهر وذلك<sup>(١)</sup> مثلاً ما صحّت فيه الهبة ويكون للموهوب له على الواطيء ثلاثة أسباع مهرها بقدر ما صحّت فيه الهبة يأخذه بغير وصيّة .

فإن حبلت من هذا الوطء وولدت قبل موت سيدها ولداً قيمته خمسون درهماً يوم ولد . . أزدادت تركته الموصى به أيضاً كالمهر ، وحسابه : أن الهبة تصح في شيء من الجارية ، ويلزم الواطيء المهر خمسون ، للموهوب له منه نصف شيء بغير وصيّة ، ويلزم الواطيء قيمة الولد خمسون ، للموهوب له منها نصف شيء أيضاً بغير وصيّة ، والباقي من المهر والقيمة للواهب . . فيجتمع لورثة الواهب مئتا درهم إلا شيئين ، تعدل شيئين مثلي الوصيّة ، فإذا جبرت . . عدلت المئتان أربعة أشياء ، الشيء الواحد ربع ذلك - وهو خمسون - وهو نصف الجارية ، وتصح الهبة في نصف الجارية وقيمتها خمسون ، وتبطل في نصفها وقيمتها خمسون ، فيلزم الواهب نصف المهر خمسة وعشرون ، ونصف قيمة الولد خمسة وعشرون ، فذلك كله مئة مثلاً ما صحّت فيه هبته ، وللموهوب له نصف المهر وقيمة نصف الولد بغير وصيّة .

فإن ولدت الجارية من هذا الوطء بعد موت سيدها . . فهل يكون الولد زائداً في التركة ؟ فيه وجهان ، حكاهما ابن اللبان :

أحدهما : لا يكون زائداً في التركة ؛ لأن الولد حدث بعد موته<sup>(٢)</sup> فيكون حادثاً في ملك الورثة والموهوب له فيكون الحساب كما لو لم يكن هناك وارث .

والثاني : أنه يكون زائداً في التركة ؛ لأن الولد قد كان موجوداً في ملك السيد<sup>(٣)</sup> ، وإنما تأخر التقويم إلى الوضع ، فيكون الحساب كما لو ولدت قبل موت سيدها .

(١) في ( م ) : ( بقدر وذلك ) .

(٢) أي : الموصي .

(٣) في نسخة : ( الميت ) .

فرع : [وهب جارية عند موته لا مال له غيرها ثم وطئها] :

وإن وهب رجل في مرضه المخوف لغيره جارية قيمتها مئة ، لا مال له غيرها ، وأقبضه إياها ، ثم وطئها الواهب ، ثم مات من مرضه ، ومهر مثلها خمسون ، ولم يُجزر ورثته الهبة :

فإن قلنا : تصح هبته فيما زاد على الثلث ، وإجازة الورثة تنفيذ لما فعله . . لزم الواهب جميع مهرها للموهوب له ، فإن طالب بالمهر . . بيع له نصفها بالمهر ، وكان له ثلث ما بقي ، وهو سدسها بالهبة . وإن اختار الموهوب له أن يملك نصفها بالمهر . . كان أحق به من الأجنبي ، فيكون له بمهره وهبته ثلثاها .

وإن قلنا : لا تصح هبة المريض فيما زاد على ثلث تركته ، وإجازة الورثة لذلك ابتداء هبة منهم . . وجب على الواهب مهر ما صححت فيه الهبة من رأس المال ، فإن أبرأه الموهوب له ممّا وجب له من المهر . . صححت له الهبة في ثلث الجارية ، وبطلت في ثلثيها . وإن طالب بما وجب له من المهر . . فحسابه أن يقول :

تصح الهبة في شيء من الجارية ، وعلى الواهب مهر ما صححت فيه الهبة ، وهو نصف شيء بغير وصية ، فيبقى في يد ورثة الواهب جارية قيمتها مئة إلا شيئاً ونصف شيء تعدل مثلي الوصية - وهو شيان - فإذا جبرت . . عدلت ثلاثة أشياء ونصف شيء ، والشيء الكامل سهمان من سبعة ، فتصح الهبة في سبعي الجارية ، وتبطل في خمسة أسباعها ، فيلزم الواهب سبعا المهر ، وهو قدر سبعة رقبتيها يباع في المهر ، ويبقى في يد ورثة الواهب أربعة أسباع الجارية ، وهو مثلاً ما صححت فيه الهبة . هذا هو المذهب .

وحكى ابن سريج في المهر وجهين آخرين :

أحدهما : أن ما لزم الواهب من المهر يكون من الثلث .

فعلى هذا : تصح الهبة في تسعي الجارية ، ويلزمه تسعا مهرها ، وهو مثل تسع رقبتيها ، ويبقى في يد ورثته ستة أسباعها<sup>(١)</sup> .

(١) في (م) بدل (الأسباع) : (أسباع) في الجميع .

والثاني : أَنَّ المهرَ هَدْرٌ . وقد مضى ذكرهما .

وإنْ وَلَدَتْ مِنْ وَطءِ السَّيِّدِ وَلِداً قِيمَتُهُ خَمْسُونَ درهماً :

فإنْ قُلْنَا : تصحُّ هبةُ المريضِ فيما زادَ على ثلثِ تركتهِ ، وإجازةُ الورثةِ تنفيذُ لما فعله الميتُ . . لزمَ الواهبُ جميعُ المهرِ وجميعُ قيمةِ الولدِ ، وبيعتِ الجاريةُ بهما للموهوبِ لَهُ .

وإنْ قُلْنَا : لا تصحُّ هبتهُ فيما زادَ على ثلثِ تركتهِ ، وإجازةُ الورثةِ ابتداءُ عطيةٍ منهم . . بطلتِ الهبةُ ، وعتقتُ بالإحبالِ مِنْ رأسِ المالِ ؛ لأنَّه لا ثلثَ لَهُ فتصحَّ الوصيةُ .

فإنْ تركَ الواهبُ مِئتي درهمٍ : صحَّتِ الهبةُ في شيءٍ مِنَ الجاريةِ ، وعليه نصفُ شيءٍ مِنَ مهرِها ، وعليه نصفُ شيءٍ مِنَ قيمةِ ولدها ، ولا يقومُ عليه<sup>(١)</sup> ما صحَّت فيه الهبةُ مِنَ الجاريةِ ؛ لأنَّه كالمُعسرِ في هذه الحالِ ؛ لأنَّ الهبةَ قد أُستغرقتِ الثلثُ ، فصارَ كَمَنْ أعتقَ بعدَ أَنْ وَهَبَ ثلثَ ماله ، فلا يصحُّ عتقه ، ولا يعتقُ باقي الأمةِ بالإحبالِ مِنْ رأسِ المالِ ، ويبقى في يدِ الورثةِ مِئتا درهمٍ إلَّا شيئاً تعدلُ شيئينِ ، فإذا جُبرتْ . . عدلتُ ثلاثةَ أشياءَ ، فإذا قُسِّمَتِ المِئتانِ على الأشياءِ الثلاثةِ . . أصابَ كلَّ شيءٍ ثلثاً مئةً - وهو ثلثا الجاريةِ - وهو ما صحَّت فيه الهبةُ ، ويلزمُ الواهبُ ثلثا مهرِها وثلثا قيمةِ ولدها مِنَ المِئتينِ - وهو ثلثا مئةً - فيبقى مئةٌ وثلاثةٌ وثلاثونَ وثلثُ درهمٍ ، وهو مثلاً<sup>(٢)</sup> ما صحَّت فيه الهبةُ .

فإنْ لَمْ يَطأها الواهبُ وَلَكِنْ وَطَّأها الموهوبُ لَهُ بعدَ أَنْ قبضَها وقَبَلَ موتِ الواهبِ<sup>(٣)</sup> . . وَجِبَ عليه مهرٌ ما بطلتْ فيه الهبةُ ، وأزدادتِ التركةُ والهبةُ ، وحسابُهُ : تصحُّ الهبةُ في شيءٍ مِنَ الجاريةِ ، ويجبُ على الموهوبِ لَهُ مِنَ المهرِ خَمْسُونَ درهماً إلَّا نصفَ شيءٍ ، فيحصلُ للورثةِ مئةٌ وخمسونَ إلَّا شيئاً ونصفَ شيءٍ تعدلُ شيئينِ ، فإذا

(١) في حاشية نسخة : ( أي لا يسري الإحبال ، فيقوم عليه ) .

(٢) لأن ما صححت فيه الهبة ست وستون وثلثا درهم .

(٣) في هامش نسخة : ( وقلنا : إجازة الورثة ابتداء عطية لو أجازوا مثلاً ) .

جُبِرَتْ . . عَدَلَتْ ثَلَاثَةَ أَشْيَاءَ وَنَصَفَ شَيْءٍ - وَالشَّيْءُ سُبْعًا ذَلِكَ - وَهُوَ ثَلَاثَةُ أَصْبَاعِ  
الْجَارِيَةِ ، فَتَصَحُّ الْهَبَةُ فِي ثَلَاثَةِ أَصْبَاعِهَا ، وَتَبْطُلُ فِي أَرْبَعَةِ أَصْبَاعِهَا ، وَيَلْزَمُ الْمَوْهُوبُ  
لَهُ أَرْبَعَةُ أَصْبَاعٍ مَهْرَهَا - وَهُوَ مِثْلُ سُبْعِي رَقَبَتِهَا - فَإِذَا ضَمِمْتَ ذَلِكَ إِلَى مَا بَطَلَتْ فِيهِ  
الْهَبَةُ . . كَانَ سِتَّةَ أَصْبَاعِهَا ، وَهُوَ مِثْلًا مَا صَحَّتْ فِيهِ الْهَبَةُ .

وَإِنْ حَبَلَتْ مِنْ هَذَا الْوَطْءِ ، وَوَلَدَتْ مِنْهُ قَبْلَ مَوْتِ سَيِّدِهَا وَلَدًا قِيمَتُهُ خَمْسُونَ  
دِرْهَمًا . . فَفِيهِ قَوْلَانِ :

أَحَدُهُمَا : تَصِيرُ أُمٌّ وَلَدٍ لَهُ ، وَلَا يَلْزَمُ الْمَوْهُوبُ لَهُ مِنْ قِيمَةِ الْوَلَدِ شَيْءٌ ؛ لِأَنَّهَا  
تَضَعُهُ فِي مِلْكِهِ .

فَعَلَى هَذَا : يَلْزَمُهُ قِيمَةُ مَا بَطَلَتْ فِيهِ الْهَبَةُ - وَهُوَ أَرْبَعَةُ أَصْبَاعِهَا - وَيَلْزَمُهُ أَرْبَعَةُ أَصْبَاعِ  
مَهْرَهَا .

وَالثَّانِي : يَلْزَمُهُ مِنْ قِيمَةِ الْوَلَدِ قَدْرُ مَا بَطَلَتْ فِيهِ الْهَبَةُ<sup>(١)</sup> ؛ لِأَنَّهَا عُلِقَتْ بِهِ وَهُوَ  
لَا يَمْلِكُ جَمِيعَهَا .

فَعَلَى هَذَا : تَزْدَادُ التَّرَكَّةُ . . فَتَصَحُّ الْهَبَةُ فِي شَيْءٍ ، وَيَلْزَمُ الْمَوْهُوبُ لَهُ مِنَ الْمَهْرِ  
خَمْسُونَ إِلَّا نِصْفَ شَيْءٍ ، وَمِنْ قِيمَةِ الْوَلَدِ خَمْسُونَ إِلَّا نِصْفَ شَيْءٍ ، فَيَبْقَى فِي يَدِ الْوَرِثَةِ  
مِثْلَانِ إِلَّا شَيْئَيْنِ تَعْدُلُ شَيْئَيْنِ ، فَإِذَا جُبِرَتَا . . عَدَلْنَا أَرْبَعَةَ أَشْيَاءَ ، الشَّيْءُ رُبْعُ الْمِثَّتَيْنِ ،  
وَذَلِكَ نِصْفُ الْجَارِيَةِ ، فَتَصَحُّ الْهَبَةُ فِي نِصْفِهَا ، وَيَلْزَمُهُ قِيمَةُ نِصْفِهَا وَنِصْفُ مَهْرَهَا  
وَنِصْفُ قِيمَةِ وَلَدِهَا ، وَذَلِكَ كُلُّهُ مِثْلًا مَا صَحَّتْ فِيهِ الْهَبَةُ .

وَعَلَى الْقَوْلِ الَّذِي يَقُولُ : تَصَحُّ هَبَةُ الْمَرِيضِ فِيمَا زَادَ عَلَى الثُّلُثِ ، وَإِجَازَةُ الْوَرِثَةِ  
إِنَّمَا هِيَ تَنْفِيزُ لِمَا فَعَلَهُ الْمَيِّتُ . . لَا يَلْزَمُهُ الْمَهْرُ وَلَا قِيمَةُ الْوَلَدِ ، وَتَصَحُّ الْهَبَةُ فِي ثُلُثِهَا ،  
وَعَلَيْهِ ثُلَاثُ قِيمَتِهَا لِلْوَرِثَةِ ، وَهُوَ مَا لَهُمْ أَنْ يَرُدُّوا الْهَبَةَ فِيهِ .

وَإِنْ وَلَدَتْ بَعْدَ مَوْتِ سَيِّدِهَا :

فَإِنْ قُلْنَا : لَا يَلْزَمُهُ شَيْءٌ مِنْ قِيمَتِهِ . . فَلَا كَلَامَ .

(١) فِي حَاشِيَةِ نَسْخَةٍ : ( لِسَرَايَةِ حَرَمَةِ الْاِسْتِيلَادِ إِلَيْهِ ) .



وإن قلنا : يلزمه من قيمته بقدر ما بطلت فيه الهبة . . فهل تزداد التركة به هاهنا ؟ فيه وجهان ، مضى ذكرهما .

وإن وطئها الواهب والموهوب له في طهر واحد ، وأتت بولد . . عرض على القافة ، فإن ألحقوه بالواهب ولا مال له غير الجارية . . جازت الهبة في شيء منها ، وعلى الواهب مهر ذلك الشيء - وهو نصف شيء - وعليه من قيمة الولد بقدر ما صححت فيه الهبة من الجارية - وهو نصف شيء - ويعتق باقي الأمة بالإحبال ، ولا يقوّم عليه ما صححت فيه الهبة ؛ لأنه كالمعسر به ، وعلى الموهوب له مهر ما بطلت فيه الهبة - وهو خمسون درهماً إلا نصف شيء - فيسقط من ذلك عنه ما وجب له على الواهب من المهر وقيمة الولد - وذلك شيء - فيبقى عليه خمسون درهماً إلا شيئاً ونصف شيء يعدل شيئين ، فإذا جبرته . . عدل ثلاثة أشياء ونصفاً ، فإذا قسّمت الخمسين على ذلك ؛ لأنه لا مال للواهب إلا ذلك . . كان الشيء الكامل سبعي الخمسين ، وذلك الذي صححت فيه الهبة - وهو سبعة رقبه الجارية - ويعتق باقيها بالإحبال ، فيلزم الموهوب له ستة أسباع مهرها - وهو اثنان وأربعون درهماً وستة أسباع درهم - فيسقط من ذلك ما وجب له على الواهب ، وهو سبعة مهرها وسبعة قيمة الولد - وهو أربعة عشر درهماً وسبعة درهم - فيبقى على الموهوب له ثمانية وعشرون درهماً وأربعة أسباع درهم ، وهو مثلاً ما صححت فيه الهبة من رقبته ، وسواء وطئها الواهب أولاً أو الموهوب له . هذا إذا قلنا : إن هبته لا تصح فيما زاد على ثلث تركته ، وإجازة الورثة ابتداء عطية .

وأما إذا قلنا : تصح الهبة فيما زاد على الثلث وإجازة الورثة تنفيذ لما فعله الموصي . . فلا مهر على الموهوب له ؛ لأنه وطئها وهي في ملكه .

قال ابن اللبان : وعلى الواهب جميع مهرها للموهوب له وجميع قيمة ولدها ، فتفسخ الهبة في الجارية وتباع ويُسَلَّم إلى الموهوب له مهرها وقيمة ولدها مئة .

وإن ألحقت القافة الولد بالموهوب له :

فإن قلنا : لا تصح هبة المريض فيما زاد على الثلث ، فإن كان وطئ الواهب لها قبل وطئ الموهوب له . . فحسابه : أن تصح الهبة في شيء من الجارية ، وتبطل في



باقيها ، فيلزم الواهب مهر ذلك الشيء - وهو نصف شيء - وعلى الموهوب له قيمة ما بطلت فيه الهبة من الجارية - وهو مئة درهم إلا شيئاً - وعليه مهر ما بطلت فيه الهبة - وهو خمسون درهماً إلا نصف شيء - وقيمة الولد - وهو خمسون درهماً إلا نصف شيء - فجميع ما يجب عليه مئتان إلا شيئين ، فيسقط عنه من ذلك ما وجب له على الواهب - وهو نصف شيء - فيبقى عليه مئتان إلا شيئين ونصفاً تعدل شيئين ، فإذا جبرتهما<sup>(١)</sup> . . . عدلتا أربعة أشياء ونصف شيء ، الشيء تسعا المئتين - وهو أربعة أتساع الجارية ، وهو الذي صحّت فيه الهبة - وقيمتها أربعة وأربعون درهماً وأربعة أتساع درهم ، ويلزم الموهوب له قيمة خمسة أتساع الجارية وخمسة أتساع مهرها وخمسة أتساع قيمة ولدها ؛ وذلك مئة درهم وأحد عشر درهماً وتسع درهم . فإذا سقط عنه ما وجب له على الواهب - وهو أربعة أتساع مهرها - ومبلغه اثنان وعشرون درهماً وتسع درهم . . . بقي عليه ثمانية وثمانون درهماً وثمانية أتساع درهم ، وذلك مثلاً ما صحّت فيه الهبة .

وإذا قلنا : لا يلزم الموهوب له قيمة الولد . . فإنه يؤدي مئة وخمسين درهماً إلا شيئاً ونصفاً ، ويسقط عنه ما على الواهب له - وهو نصف شيء - فيبقى عليه مئة وخمسون درهماً إلا شيئين تعدل شيئين ، فإذا جبرت . . عدلت أربعة أشياء ، الشيء ربع مئة وخمسين وهو ثلاثة أثمان الجارية ، فتصح فيه الهبة ، وقيمتها سبعة وثلاثون درهماً ونصف درهم ، ويلزم الموهوب له قيمة خمسة أثمانها وخمسة أثمان مهرها ، ويسقط عنه ثلاثة أثمان مهرها الذي على الواهب ، فيبقى عليه خمسة وسبعون درهماً ، وهو مثلاً الهبة .

وأما إذا قلنا : إن المريض تصح هبته فيما زاد على ثلث التركة وإجازة الوارث تنفيذ لما فعله الميت . . فلا مهر على الموهوب له ، ولا قيمة ولد ؛ لأنها ملكه يوم الوطء ، وعلى الواهب جميع مهرها للموهوب له - وهو خمسون درهماً - وذلك نصف قيمة الجارية ، وتصح الهبة في ثلث باقيها - وهو سدسها - وعلى الموهوب له قيمة خمسة أسداسها ، فيقاص بقيمة نصفها من المهر له ويبقى عليه ثلاثة وثلاثون درهماً وثلث

(١) أي المئتين .

درهم مثلاً الهبة ، وسواءً وطئها الواهبُ أولاً<sup>(١)</sup> أو الموهوبُ له على هذا القول .  
 وإن وطئها الواهبُ بعدَ وطئ الموهوبِ له ، وقلنا : لا تصحُّ هبةُ المريضِ فيما زادَ  
 على ثلث تركته ، وإجازةُ الورثةِ ابتداءً عطيةً منهم ، فإن قلنا : لا تعتقُ حصّةُ الشريكِ  
 إلا بعدَ أداءِ القيمةِ . . كانَ الجوابُ فيها كما لو وطئها الواهبُ قبلَ الموهوبِ .  
 وإن قلنا : تعتقُ حصّةُ الشريكِ قبلَ أداءِ القيمةِ . . كانَ جميعُها أمّ ولدٍ للموهوبِ  
 له ، ويكونُ على الواهبِ جميعُ مهرِها وهو خمسونَ درهماً ؛ لأنّه وطئها بعدَ أنْ صارتْ  
 أمّ ولدٍ للموهوبِ له ، فيلزمُ الموهوبُ له قيمةُ ما بطلتْ فيه الهبةُ - وهو مئةٌ إلا شيئاً -  
 ومهرُ ذلك - وهو خمسونَ درهماً إلا نصفَ شيءٍ - يسقطُ منها ما وجبَ له على الواهبِ -  
 وهو خمسونَ درهماً - يبقى على الموهوبِ له مئةٌ درهمٍ إلا شيئاً ونصفَ شيءٍ يعدلُ  
 شيئينِ فإذا جُبرتْ . . عدلتُ ثلاثةَ أشياءَ ونصفَ شيءٍ ، الشيءُ سبعةَ المئةِ ، فتصحُّ الهبةُ  
 في سُبُعِي الجاريةِ ، ويلزمُ الموهوبُ له قيمةُ خمسةِ أسباعِها وخمسةِ أسباعِ مهرِها ، فإذا  
 سقطَ منه خمسونَ درهماً . . بقيَ عليه سبعةٌ وخمسونَ درهماً وسُبُعُ درهمٍ ، وهو مثلاً  
 ما صحّتْ فيه الهبةُ .

**مسألة :** [وهب جارية في مرض موته] :

ولو وهبَ زيدٌ في مرضِ موتهِ جاريةً له عمراً ، وأقبضَهُ إيّاها ، فوطئها عمرو ، ثمَّ  
 وهبها عمرو في مرضِ موتهِ زيداً ، وأقبضَهُ إيّاها ، وماتا من مرضيهما ، وقيمةُ الجاريةِ  
 مئةٌ ، ومهرُ مثلها خمسونَ ، ولا مالَ لهما غيرُ الجاريةِ ، وقلنا : لا تصحُّ هبةُ المريضِ  
 فيما زادَ على الثلثِ من تركتهِ ، وأعتبارُ التركةِ يومَ الموتِ . . فحسابُهُ :

تجوزُ الهبةُ لعمرو في شيءٍ من الجاريةِ ، وتبطلُ في جاريةٍ إلا شيئاً ، فيؤدّي عمرو  
 من الشيءِ مهرَ ما بطلتْ فيه الهبةُ ، وهو خمسونَ درهماً إلا نصفَ شيءٍ .

وكيفيّةُ ذلك : أنْ تجبُرَ الخمسينَ الدرهمَ بنصفِ الشيءِ الذي نقصَ منها ، ويرتدَّ  
 ذلكَ على الشيءِ المستثنى منه ، ثمَّ نستثنى من الشيءِ وممّا زيدَ عليه خمسينَ فنقول :

(١) في نسخة : (أم لا) .

بقي مع عمرو شيءٌ ونصفُ شيءٍ إلا خمسينَ درهماً ، فتصحُّ هبتهُ لزيدٍ في ثلثِ ذلك - وهو نصفُ شيءٍ إلا ستةَ عشرَ درهماً وثلثي درهمٍ - ويبقى مع ورثةِ عمرو شيءٌ إلا ثلاثةٌ وثلثينَ درهماً وثلثَ درهمٍ ، ويكونُ مع ورثةِ زيدٍ مئةُ درهمٍ وثلثةٌ وثلثونَ درهماً وثلثُ درهمٍ إلا شيئاً يعدلُ شيئينِ . فإذا جُبرتْ . . عدلتُ ثلاثةَ أشياءَ ، الشيءَ الواحدُ ثلثُ ذلك - وهو أربعةُ أَسَاعٍ<sup>(١)</sup> الجارية - فتصحُّ الهبةُ في أربعةِ أَسَاعِ الجارية ، وتبطلُ في خمسةِ أَسَاعِها ، فيلزمُ عمرًا خمسةُ أَسَاعِ مَهْرِها ، وهو قدرُ تسعي رَقَبَتِها ونصفِ تسعِها . فإذا خرجَ ذلكَ من أربعةِ أَسَاعِها . . بقيَ معه تسعُها ونصفُ تسعِها ، فتصحُّ هبتهُ لزيدٍ في نصفِ تسعِها - وهو نصفُ شيءٍ إلا ستةَ عشرَ درهماً وثلثي درهمٍ - فيجتمعُ لزيدٍ ثمانيةُ أَسَاعِها ، وهو مثلاً ما صحَّت فيه هبتهُ لعمرو .

فإنَّ وهبها زيدٌ لعمرو وأقبضه إياها ، ثمَّ وطَّها زيدٌ ، ثمَّ وهبها عمرو من زيدٍ . . صحَّتْ هبةُ زيدٍ لعمرو في شيءٍ من الجارية ، فلمَّا وطَّها زيدٌ . . وجبَ عليه مهرُ ذلكَ الشيءِ - وهو نصفُ شيءٍ - فيجتمعُ لعمرو شيءٌ ونصفُ شيءٍ ، فتصحُّ هبتهُ لزيدٍ في ثلثِ ما بيده - وهو نصفُ شيءٍ - فيكونُ مع زيدٍ جاريةٌ قيمتها مئةٌ إلا شيئاً يعدلُ شيئينِ ، فإذا جُبرتْ . . عدلتُ ثلاثةَ أشياءَ ، الشيءَ ثلثُها ، فتصحُّ هبةُ زيدٍ لعمرو في ثلثِ الجارية ، ويجبُ على زيدٍ لعمرو ثلثُ مَهْرِها وهو مثلُ سُدْسِها ، فلمَّا وهبها عمرو من زيدٍ . . صحَّتْ هبتهُ في سُدْسِها ، فأجتمعَ لورثةِ زيدٍ ثلثا الجارية - وهو مثلاً هبتهُ لعمرو - وبقيَ لورثةِ عمرو ثلثُ الجارية - مثلاً هبتهُ لزيدٍ - .

وإنَّ وطَّها زيدٌ بعدَ أنَّ وهبها منه عمرو وأقبضه إياها . . فحسابُه أنْ نقولَ : تصحُّ هبةُ زيدٍ لعمرو في شيءٍ من الجارية ، فلمَّا وهبها عمرو من زيدٍ . . صحَّتْ هبتهُ له وصِيَّةٌ ، وبقيَ مع عمرو شيءٌ إلا وصِيَّةٌ ، فلمَّا وطَّها زيدٌ . . وجبَ عليه مهرُ ما بقيَ في يدِ عمرو ، وقدرُ ذلكَ المهرِ نصفُ شيءٍ إلا نصفَ وصِيَّةٍ ، فيجتمعُ لعمرو شيءٌ ونصفُ شيءٍ إلا وصِيَّةٌ ونصفَ وصِيَّةٍ تعدلُ وصيَّتَيْنِ . فإذا جُبرتْ . . صارَ شيءٌ ونصفُ شيءٍ يعدلُ ثلاثَ وصايا ونصفَ وصِيَّةٍ ، الوصِيَّةُ سُبْعاً ذلكَ ، وهي ثلاثةُ أسباعِ شيءٍ ، فتصحُّ

(١) في ( م ) : ( أسباع ) في المواضع الثلاثة .

هبة عمرو لزيد في ثلاثة أسباع شيء ، وتبطل في أربعة أسباع شيء ، ويجب على زيد مهر أربعة أسباع شيء وذلك قدر سبعي شيء ، فيجتمع لورثة عمرو ستة أسباع شيء - وهو مثلاً ما صحت فيه هبته - ويجمع لورثة زيد جارية قيمتها مئة درهم إلا ستة أسباع شيء تعدل شيئين . فإذا جبرت . . عدلت شيئين وستة أسباع شيء . فإذا قسّطت<sup>(١)</sup> الشيئين أسباعاً وضممت إليها الستة الأسباع . . كان ذلك عشرين ، فالشيء الكامل سبعة أسهم من عشرين ، وهو الجائز بهبة زيد لعمرو ، ثم يرجع إلى زيد بهبة عمرو ثلاثة أجزاء من هذه السبعة ، فيبقى مع عمرو أربعة أجزاء ، ثم يغرم له زيد بالمهر جزأين ، فيكون معه<sup>(٢)</sup> ستة أجزاء - وهو مثلاً هبته - ويبقى مع زيد أربعة عشر جزءاً ، وذلك مثلاً هبته لعمرو .

وإن وهبها زيد لعمرو وأقبضه إياها ، ثم وهبها عمرو لزيد وأقبضه إياها ، ثم وطئها عمرو . . فإنه يصح لعمرو بهبة زيد شيء من الجارية ، وتصح لزيد من عمرو من الشيء وصية ، فيبقى مع عمرو شيء إلا وصية ، ومع زيد مئة درهم وصية إلا شيئاً ، فلماً وطئها عمرو . . وجب عليه مهر ما في ملك زيد فيها ، وقدر ما عليه من المهر نصف وصية وخمسون درهماً إلا نصف شيء ، يخرج ذلك ممّا في يده فيبقى معه شيء ونصف شيء إلا وصية ونصف وصية ، وإلا خمسين درهماً تعدل وصيتين . فإذا جبرت . . صار ذلك شيئاً ونصف شيء إلا خمسين درهماً تعدل ثلاث وصايا ونصف وصية ، الوصية سبعة ذلك ، وهو ثلاثة أسباع شيء إلا أربعة عشر درهماً وسبعي درهم . فإذا جمعت ما بيد زيد من الذي لم تصح فيه الهبة منه ومن هبة عمرو له ومن المهر على عمرو . . كان<sup>(٣)</sup> معه مئة وخمسون درهماً ووصية ونصف وصية إلا شيئاً ونصف شيء ، فأجعل مكان الوصية ونصف الوصية قيمتهما - وذلك أربعة أسباع شيء ونصف سبع شيء إلا أحداً وعشرين درهماً وثلاثة أسباع درهم - فيصير معه مئة درهم وثمانية وعشرون درهماً وأربعة أسباع درهم إلا ستة أسباع شيء تعدل شيئين . فإذا جبرت . .

(١) في ( م ) : ( بسطت ) .

(٢) في ( م ) : ( له ) .

(٣) في ( م ) : ( وصار ) .



عَدَلْتُ شَيْئَيْنِ وَسِتَّةَ أَسْبَاعٍ شَيْءٍ فَأَبْسَطُ<sup>(١)</sup> الشَّيْئَيْنِ أَسْبَاعاً ، وَضُمْتُ إِلَيْهَا السِتَّةَ الْأَسْبَاعَ ، فَتَصِيرُ عَشْرِينَ سَهْماً . وَالْدِرَاهِمُ الزَّائِدَةُ عَلَى الْمِئَةِ ، سُبْعَا الْمِئَةِ فَأَبْسَطِ الْمِئَةَ أَسْبَاعاً ، وَضُمْتُ إِلَيْهَا سُبْعِي الْمِئَةِ ، فَذَلِكَ تِسْعَةُ أَهْمٍ ، فَالشَّيْءُ تِسْعَةُ أَجْزَاءٍ مِنْ عَشْرِينَ جُزْءاً مِنْ الْجَارِيَةِ ، وَهُوَ رُبُعُهَا وَخُمُسُهَا ، وَهُوَ الْجَائِزُ بِهَبَةِ زَيْدٍ لِعَمْرٍو : فَلَمَّا وَهَبَ عَمْرٌو لَزَيْدٍ . . . صَحَّ لَهُ مِنْ هَبَتِهِ وَصِيَّةٌ ، وَالْوَصِيَّةُ ثَلَاثَةُ أَسْبَاعٍ شَيْءٍ إِلَّا أَرْبَعَةَ عَشَرَ دِرْهَماً وَسُبْعِي دِرْهَمٍ ، وَذَلِكَ سَهْمٌ مِنَ التَّسْعَةِ ، فَيَبْقَى مَعَ عَمْرٍو ثَمَانِيَةُ أَجْزَاءٍ وَمَعَ زَيْدٍ اثْنَا عَشَرَ جُزْءاً ، فَلَمَّا وَطَّئَهَا عَمْرٌو . . . وَجَبَ عَلَيْهِ لَزَيْدٍ بِالْمَهْرِ نِصْفُ مَا بِيَدِ زَيْدٍ مِنَ الْجَارِيَةِ ؛ لِأَنَّ الْمَهْرَ نِصْفُ قِيَمَتِهَا ، وَذَلِكَ سِتَّةُ أَجْزَاءٍ . . . فَيَصِيرُ مَعَ زَيْدٍ ثَمَانِيَةَ عَشَرَ جُزْءاً - وَهُوَ مِثْلًا هَبَتِهِ لِعَمْرٍو - وَيَبْقَى مَعَ وَرَثَةِ عَمْرٍو جُزْءَانِ - وَهُوَ مِثْلًا هَبَتِهِ لَزَيْدٍ - .

فَأَمَّا إِذَا وَهَبَهَا زَيْدٌ لِعَمْرٍو وَأَقْبَضَهُ إِيَّاهَا ، ثُمَّ وَطَّئَهَا عَمْرٌو ، ثُمَّ وَهَبَهَا عَمْرٌو لَزَيْدٍ وَأَقْبَضَهُ إِيَّاهَا ، ثُمَّ وَطَّئَهَا زَيْدٌ ، وَقِيَمَتُهَا ثَلَاثُ مِئَةٍ وَمَهْرٌ مِثْلُهَا مِئَةٌ وَلَا مَالٌ لَهُمَا غَيْرُهَا . . . فَحَسَابُهُ أَنْ نَقُولَ : تَصَحَّ هَبَةُ زَيْدٍ لِعَمْرٍو فِي شَيْءٍ مِنَ الْجَارِيَةِ ، فَلَمَّا وَطَّئَهَا عَمْرٌو . . . وَجَبَ عَلَيْهِ لَزَيْدٍ مَهْرٌ مَا لَمْ تَصَحَّ فِيهِ الْهَبَةُ وَقَدَّرُ ذَلِكَ الْمَهْرَ مِئَةَ دِرْهَمٍ إِلَّا ثُلْثَ شَيْءٍ ، ثُمَّ لَمَّا وَهَبَهَا عَمْرٌو مِنْ زَيْدٍ . . . صَحَّ مِنْ هَبَتِهِ لَهُ وَصِيَّةٌ ، وَبَقِيَ فِي يَدِ عَمْرٍو شَيْءٌ إِلَّا وَصِيَّةً ، فَلَمَّا وَطَّئَهَا زَيْدٌ . . . وَجَبَ عَلَيْهِ مَهْرٌ مَا بِيَدِ عَمْرٍو مِنْهَا ، وَقَدَّرُ الْمَهْرَ عَلَى زَيْدٍ ثُلْثُ شَيْءٍ إِلَّا ثُلْثَ الْوَصِيَّةِ . فَإِذَا جُمِعَتْ مَا بِيَدِ زَيْدٍ مِمَّا لَمْ تَصَحَّ فِيهِ هَبَتُهُ ، وَالْمَهْرَ الَّذِي عَلَى عَمْرٍو ، وَهَبَةَ عَمْرٍو لَهُ . . . كَانَ جَمِيعُ ذَلِكَ وَصِيَّةً وَأَرْبَعُ مِئَةِ دِرْهَمٍ إِلَّا شَيْئاً وَثُلْثَ شَيْءٍ ، فَأَسْقِطُ مِنْ ذَلِكَ مَا وَجَبَ عَلَيْهِ لِعَمْرٍو بِالْمَهْرِ - وَذَلِكَ ثُلْثُ شَيْءٍ إِلَّا ثُلْثَ وَصِيَّةٍ - فَأَكْمِلُ ثُلْثَ الشَّيْءِ بِثُلْثِ الْوَصِيَّةِ النَّاqِصَةِ ، ثُمَّ رَدُّ ثُلْثِ الْوَصِيَّةِ إِلَى الْوَصِيَّةِ مَعَ الدِّرَاهِمِ الْأَرْبَعِ مِئَةٍ ، ثُمَّ أَسْتَنْ ثُلْثَ الشَّيْءِ مِمَّا فِي يَدِ زَيْدٍ ، فَيَبْقَى مَعَهُ وَصِيَّةٌ وَثُلْثُ وَصِيَّةٍ وَأَرْبَعُ مِئَةِ دِرْهَمٍ إِلَّا شَيْئاً وَثُلْثِي شَيْءٍ ، ثُمَّ أَجْمَعُ مَا بِيَدِ عَمْرٍو مِنْ هَبَةِ زَيْدٍ لَهُ وَمِمَّا غَرِمَ لَهُ زَيْدٌ بِالْمَهْرِ ، وَذَلِكَ شَيْءٌ وَثُلْثُ شَيْءٍ إِلَّا ثُلْثَ وَصِيَّةٍ وَقَدْ غَرِمَ مِنْ ذَلِكَ مِئَةَ دِرْهَمٍ إِلَّا ثُلْثَ شَيْءٍ وَوَهَبَ وَصِيَّةَ لَزَيْدٍ ، فَإِذَا أَرَدْتَ إِخْرَاجَ ذَلِكَ مِمَّا بِيَدِهِ . . . أَكْمَلْتَ الْمِئَةَ بِثُلْثِ الشَّيْءِ

(١) فِي نَسْخَةٍ : ( فَأَقْسَطُ ) .



الناقص منها ، وزدت ذلك الثلث على الشيء وثلث الشيء إلا ثلث وصية ، ثم أستثنى من ذلك مئة درهم ووصية ، فنقول : بقي مع عمرو شيء وثلثا شيء إلا وصية وثلث وصية وإلا مئة درهم - وهذا الذي بيد عمرو - يعدل وصيتين ، فأجبر شيئا وثلثي شيء إلا مئة درهم وإلا وصية وثلث وصية بالوصية وثلث الوصية الناقص ، ورد ذلك على الوصيتين ، فتصير شيئا وثلثي شيء إلا مئة درهم تعدل ثلاث وصايا وثلث وصية ، فأضرب الثلاث الوصايا في ثلاثة ، وضم إليها ثلث الوصية ، فتصير عشرة ، فأقسم شيئا وثلثي شيء إلا مئة درهم على عشرة ، وأجمع ما يخص ثلاثة أجزاء - لأنها أجزاء الوصية - فيخص الوصية الكاملة ثلاثة أعشار شيء وثلثي شيء إلا ثلاثين درهماً - وذلك نصف شيء إلا ثلاثين درهماً - فنعلم أن هذه قيمة الوصية ، ثم أرجع إلى ما بيد زيد ، وهو أربع مئة درهم ووصية وثلث وصية إلا شيئا وثلثي شيء ، فأنظر قيمة وصية وثلث وصية .. تجد ذلك ثلثي شيء إلا أربعين درهماً ، فأجعلها مكان الوصية وثلث الوصية ، فيحصل في يد زيد ثلاث مئة درهم وستون درهماً إلا شيئا يعدل شيئين ، فإذا جبرت .. صارت ثلاث مئة وستين تعدل ثلاثة أشياء ، الشيء ثلث ذلك - وهو مئة وعشرون درهماً - فهذا الذي صحت فيه هبة زيد لعمرو ، وذلك خمس الجارية ، وتبطل الهبة في ثلاثة أخماسها ، فيجب له على عمرو ثلاثة أخماس مهرها - وهو ستون درهماً - وذلك مئة درهم إلا ثلث شيء ، ويخرج منه وصية ، وذلك نصف شيء إلا ثلاثين درهماً - وهو ثلاثون درهماً - فبقي معه ثلاثون درهماً ، ثم يرجع إلى عمرو ما وجب له على زيد من المهر ، وهو ثلاثون درهماً - ثلاثة أعشار المهر - وذلك ثلث شيء إلا ثلث وصية ، فيجتمع لعمرو ستون درهماً مثلاً الوصية التي خرجت منه ، ويجمع لورثة زيد مئتان وأربعون مثلاً هبته لعمرو .

والله أعلم

\* \* \*

## باب الرجوع في الوصية

يجوز للموصي أن يرجع فيما أوصى به ؛ لأن الوصية لا تلزم إلا بعد موته ، فجاز له الرجوع فيها ، كما لو وهب لغيره شيئاً ، ثم رجع الواهب قبل قبول<sup>(١)</sup> الموهوب له .

و (الرجوع) : هو أن يقول : رجعت في الوصية لفلان ، أو أطلتها أو رددتها أو فسختها أو ما أشبه ذلك : فإن قال : حرام على فلان ما أوصيت له به . . كان رجوعاً ؛ لأنه لا يجوز أن يكون له وهو حرام عليه .

وإن قال : هو لورثتي . . كان رجوعاً ؛ لأن ذلك ينافي الوصية .

وإن قال : هو تركتي . . ففيه وجهان :

أحدهما : أنه رجوع ؛ لأن التركة للورثة .

والثاني : ليس برجوع ؛ لأن الموصي به من التركة .

مسألة : [أوصى لرجل بثلاث ونحوه ثم لآخر مثله] :

وإن أوصى لرجل بثلاث ماله ، أو بعين من ماله ، ثم أوصى بثلاث ماله ، أو بتلك العين لرجل آخر ولم يتعرض للوصية الأولى . . فليس برجوع في الأولى ، فإن أجاز الورثة وصيته في الثلثين . . استحق كل واحد من الموصي لهما ثلث ماله . وإن لم يُجيزوا وصيته في الثلثين ، أو كانت وصيته في العين . . قُسم ذلك بينهما إذا احتمل الثلث العين الموصى بها . وبه قال ربيعة ، ومالك ، وأبو حنيفة وأصحابه .

وقال الحسن ، وعطاء ، وطاووس ، وداود : ( يكون هذا رجوعاً في الوصية الأولى ) .

(١) في نسخة : ( موت ) .

ودليلنا : أَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنَ الْمَوْصِي لهُمَا قَدْ سَاوَى صَاحِبَهُ وَقَتَ الْوَجُوبِ ، فَقُسِّمَ بَيْنَهُمَا ، كَمَا لَوْ أَوْصَى لهُمَا بِثُلْثِ مَالِهِ أَوْ بَعِينَ مِنْ مَالِهِ فِي حَالَةٍ وَاحِدَةٍ .

وَإِنْ أَوْصَى لِأَحَدِهِمَا بِثُلْثِ مَالِهِ ، ثُمَّ أَوْصَى لِآخَرَ بِثُلْثِ مَالِهِ ، فَرَدَّ أَحَدُهُمَا وَصِيَّتَهُ . . تَوَفَّرَ جَمِيعُ الثَّلْثِ عَلَى الَّذِي لَمْ يَرُدَّ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ أَوْصَى لَهُ بِثُلْثِ مَالِهِ ، وَلَيْسَ هَاهُنَا مَنْ يُزَاحِمُهُ فَهُوَ كَمَا لَوْ لَمْ يَوْصَ إِلَّا لَهُ .

**فرع :** [وصى لرجل بشيء ثم قال : هو لآخر] :

وَإِنْ وَصَّى لِرَجُلٍ بِشَيْءٍ ، ثُمَّ قَالَ : مَا أَوْصَيْتُ بِهِ لِفُلَانٍ فَقَدْ أَوْصَيْتُ بِهِ لِفُلَانٍ . . فَهُوَ رَجُوعٌ عَنْ وَصِيَّتِهِ الْأُولَى ؛ لِأَنَّهُ قَدْ نَقَلَ الْوَصِيَّةَ مِنَ الْأَوَّلِ إِلَى الثَّانِي ، وَصَرَّحَ بِذَلِكَ .

وحكى الشيخ أبو إسحاق وجهاً آخر : أَنَّهُ يَكُونُ بَيْنَهُمَا ، وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ .

**مسألة :** [أوصى بعبد ثم باعه] :

وَإِنْ وَصَّى لِرَجُلٍ بِعَبْدٍ ، ثُمَّ بَاعَهُ ، أَوْ وَهَبَهُ وَأَقْبَضَهُ ، أَوْ أَعْتَقَهُ ، أَوْ كَاتَبَهُ ، أَوْ أَوْصَى لِلْعَبْدِ بِشَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ . . كَانَ رَجُوعاً فِي الْوَصِيَّةِ الْأُولَى ؛ لِأَنَّ هَذِهِ الْأَشْيَاءَ تَنَافِي مَقْتَضِي الْوَصِيَّةِ ؛ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ تَمْلِكُ بَعْدَ الْوَفَاةِ ، فَيَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ الْمَوْصِي بِهِ عَلَى مِلْكِهِ حَتَّى يَقَعَ تَمْلُكُهُ<sup>(١)</sup> بَعْدَهُ .

وَإِنْ عَرَضَهُ لِلْبَيْعِ ، أَوْ وَهَبَهُ لِآخَرَ فَلَمْ يَقْبَلْ ، أَوْ رَهَنَهُ . . فَفِيهِ وَجْهَانِ :

أَحَدُهُمَا : أَنَّ ذَلِكَ رَجُوعٌ فِي الْوَصِيَّةِ ؛ لِأَنَّهُ عَرَضَهُ لِرُزَالِ الْمِلْكِ .

وَالثَّانِي : لَيْسَ بِرَجُوعٍ ؛ لِأَنَّ مِلْكَهُ لَمْ يَزُلْ عَنْهُ ، وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ .

وَإِنْ وَصَّى بِثُلْثِ مَالِهِ ، ثُمَّ بَاعَ مَالَهُ . . لَمْ يَكُنْ رَجُوعاً فِي الْوَصِيَّةِ ؛ لِأَنَّ مَالَهُ مُعْتَبَرٌ

عِنْدَ الْمَوْتِ .

(١) فِي ( م ) : ( تَمْلِكُ ) .

فرع : [أوصى بعبد ثم دبّره] :

وإن أوصى لرجل بعبد ، ثم دبّره ، فإن قلنا : إن التدبير تعليق عتق بصفة . . كان رجوعاً في الوصية ؛ لأنه عرضة لزوال الملك .

وإن قلنا : إن التدبير وصية ، فإن قلنا : العتق يقدم على سائر الوصايا . . كان ذلك رجوعاً في الوصية . وإن قلنا : لا يقدم العتق . . ففيه وجهان ، حكاهما الشيخ أبو إسحاق :

أحدهما : أنه ليس برجوع في الوصية . . فيكون نصفه موصى به ، ونصفه مدبراً ، كما لو أوصى به لرجل ثم أوصى به لآخر .

والثاني - ولم يذكر الشيخ أبو حامد غيره - : أنه رجوع ؛ لأن التدبير أقوى ؛ لأنه ينتج من غير قبول ، والوصية لا تتم إلا بالقبول .

مسألة : [زيادة الموصى به] :

وإن أجز الموصى به ، أو علمه صنعة أو زوجة ، أو ختنة ، أو أخدمته ، أو أنفق عليه . . لم يكن رجوعاً في الوصية ؛ لأن ذلك لا ينافيها .

وإن وصى لرجل بجارية فوطئها الموصي<sup>(١)</sup> : فإن عزل عنها . . لم يكن رجوعاً ؛ لأن ذلك استيفاء منفعة ، فهو كالاستخدام . وإن لم يعزل عنها . . ففيه وجهان : أحدهما : أنه ليس برجوع ، كما لو عزل عنها .

والثاني - وهو قول ابن الحداد ، والمسعودي [في « الإبانة » ق/٤٣٨] ، والقاضي أبي الطيب - : أنه رجوع ، كما قال الشافعي : ( إذا حلف لا يتسرّى بجارية فوطئها ولم يعزل عنها . . كان حائثاً في يمينه ) ولأنه عرضها للإحبال وزوال الملك ، فهو كما لو عرضها للبيع .

(١) في ( م ) : ( الوصي ) .

مسألة : [خلط الموصي الطعام] :

وإن وصى له بطعام متميز فخلطه بغيره . . . كان رجوعاً سواءً خلطه بمثله أو بأجود منه ، أو بأردأ منه ؛ لأنه لا يمكن تسليم الطعام الموصى به .  
وإن أوصى له بصاع من صبرة ، ثم خلط الصبرة بمثلها . . . لم يكن رجوعاً ؛ لأن الموصى به مختلط بغيره ، فلا يضر خلط الصبرة بمثلها .  
وإن خلط الصبرة بأجود منها . . . كان رجوعاً ؛ لأنه أحدث بالخلط زيادة لم يرض بتمليكها .

وإن خلط الصبرة بأردأ منها . . . ففيه وجهان ، حكاهما الشيخ أبو إسحاق :  
أحدهما - ولم يذكر الشيخ أبو حامد غيره<sup>(١)</sup> - : أنه ليس برجوع ، كما لو خلطها بمثلها . وما حدث من النقص لا يقتضي الرجوع ، كما لو أتلف بعضها .  
والثاني : أنه رجوع ؛ لأنه يتغير<sup>(٢)</sup> بما دونه كما يتغير بما هو أجود منه .  
وقال المسعودي [في « الإبانة » ق/ ٤٣٩] : لا يكون رجوعاً ، سواءً زادت أو نقصت ؛ لأن الاسم باقي عليها .

وإن نقل الطعام إلى بلد أبعد من بلد الموصى له . . . ففي ذلك وجهان :  
أحدهما : أنه رجوع ؛ لأنه لو لم يرد الرجوع . . . لما نقله عنه .  
والثاني : ليس برجوع ؛ لأنه باقي على صفته .

فرع : [تصنيع الموصى به] :

وإن وصى له بطعام فطحته أو جعله سويقاً ، أو بدقيق فعجنه ، أو بعجين فخبزه . . . كان رجوعاً ؛ لأنه أزال عنه الاسم .

(١) وفي « المذهب » ( ١ / ٤٦٩ ) : وهو قول أبي علي بن أبي هريرة .

(٢) في ( م ) : ( لا يُعتبر ) في الموضعين .



وإن وصّى له بخبز فجعله فتية . . ففيه وجهان :

أحدهما : أنه رجوع ؛ لأنه أزال عنه الاسم .

والثاني : ليس برجوع ؛ لأنه يقال : خبز مدقوق .

وإن وصّى له برطب فجعله تمرأ ، أو بلحم فطبخه أو شواه . . ففيه وجهان :

أحدهما : أنه رجوع ؛ لأنه أزال عنه الاسم .

والثاني : ليس برجوع ؛ لأنه أبقى له .

وإن وصّى له بقطن فغزله ، أو بغزل فنسجه . . كان رجوعاً ؛ لأنه أزال عنه الاسم .

وإن وصّى له بقطن فحشا به فراشاً . . ففيه وجهان :

أحدهما : أنه ليس برجوع ؛ لأنّ أسم القطن باقٍ عليه .

والثاني : أنه رجوع ؛ لأنه جعله للاستهلاك .

وإن وصّى له بشاة فذبحها . . كان رجوعاً ؛ لأنه أزال عنها الاسم .

وإن وصّى له بثوب فغسله . . لم يكن رجوعاً ؛ لأنه باقٍ . وإن قطعه قميصاً ، أو وصّى له بخشبة فشققها باباً . . ففيه وجهان :

أحدهما : أنه رجوع ؛ لأنه أزال عنهما أسم الثوب والخشبة .

والثاني : ليس برجوع ؛ لأنّ الاسم باقٍ عليهما .

فرعٌ : [إزالة أسم العين الموصى بها] :

وإن وصّى له بدار فهدمها الموصي . . بطلت الوصية فيها ؛ لأنه تصرفٌ أزال به الاسم ، فكان رجوعاً ، كما لو أوصى له بحنطة فطحنها .

وإن أنهدمت في حياة الموصي ، فإن لم يزل عنها أسم الدار . . لم تبطل الوصية فيما لم ينفصل عنها . وأمّا ما انفصل عنها من أحجار و آجر وأخشاب . . فالمنصوص : ( أنه لورثة الموصي ) ؛ لأنه جاء وقت لزوم الوصية وهو منفصل .

ومن أصحابنا من قال : إنه للموصى له ؛ لأنّ الوصية تناولته . وليس بشيء .

وإن زال عنها اسم الدار ، بأن صارت براحاً<sup>(١)</sup> ، فإن قلنا : إن الآلة التي انفصلت عنها في الأولى للموصي له . . لم تبطل الوصية هاهنا في الآلة والعرضة .

وإن قلنا بالمنصوص . . فإن الآلة لورثة الموصي ، وفي العرضة وجهان :

أحدهما : أنها للموصي له ؛ لأنها ثبوت<sup>(٢)</sup> الدار .

والثاني - وهو المذهب - : أن الوصية تبطل بها أيضاً ؛ لأنه لا يقع عليها اسم

الدار .

وإن أنهدمت بعد موت الموصي وقبل قبول الموصي له ، ثم قبل . . فإن الدار وما

انفصل عنها للموصي له ؛ لأنه جاء وقت لزوم الوصية وهي متصلة بالدار .

ومن أصحابنا من قال : إن قلنا : إن الموصي له ملك بالموت . . كان الجميع له .

وإن قلنا : إنه ملك بنفس القبول . . كان ما انفصل عنها لورثة الموصي .

قال الشيخ أبو حامد : وهذا ضعيف ؛ لأنه يلزم على هذا : إذا خربت الدار كلها

بعد الموت وقبل القبول ، وقلنا : إن ملكه بالقبول . . أن الوصية تبطل وتكون لورثة

الموصي ! وما قال هذا أحد من أصحابنا .

وإن وصي له بدار ، ثم بنى عليها بيتاً آخر ، فإن قلنا : إن المنفصل عنها في حياة

الموصي لورثة الموصي . . كان البيت الملحق بالدار لهم . وإن قلنا : إن المنفصل

للموصي له . . قال المسعودي [في « الإبانة » ق / ٤٣٨] : كان البيت الملحق للموصي له

أيضاً .

فرع : [استعمال الموصي به] :

وإن وصي له بأرض فزرعها . . لم يكن رجوعاً ، كما لو وصي له بدار فسكنها .

وإن غرسها أو بنى فيها . . ففيه وجهان :

(١) البراح ، برح الشيء يبرح . من باب تعب - براحاً : زال من مكانه ، ومنه قيل لليلة الماضية : البارحة .

(٢) في ( م ) : ( شيء من ) .

أحدهما : أنه ليس برجوع ، كزراعتها .  
 والثاني : أنه رجوع ؛ لأنهما يرادان للبقاء .  
 فإذا قلنا بالأول . . ففي موضع الغراس وقرار البناء وجهان :  
 أحدهما : أن ذلك ليس برجوع فيه ، كالبياض الذي بين ذلك .  
 والثاني : أنه رجوع فيه ؛ لأنه تابع لما عليها .

فرع : [وصى بمنفعة دار سنة ثم أجرها] :  
 قال الشيخ أبو إسحاق : وإن أوصى له بمنفعة داره سنة ، ثم أجرها دون السنة . .  
 لم يكن رجوعاً ؛ لأن الإجارة قد تنقضي قبل موت الموصي ، فإن مات قبل أنقضاء  
 الإجارة . . ففيه وجهان :

أحدهما : تبطل الوصية فيما بقي من مدة الإجارة .  
 والثاني : لا تبطل ، بل يسكن الموصى له سنة بعد أنقضاء مدة الإجارة .

والله أعلم

\* \* \*

## بابُ الأوصياء<sup>(١)</sup>

لا تصحُّ الوصيةُ إلاَّ إلى بالغٍ عاقلٍ مسلمٍ عدلٍ ، حرٍّ ؛ لأنَّ الوصيةَ تقتضي ولايةً وأمانةً ، وذلك لا يصحُّ إلاَّ ممَّنْ جمعَ هذه الشرائطَ .

أمَّا ( الولاية ) : فلأنَّ الوصيَّ يلي أموالَ الأطفالِ وتفرقةَ ثلثِ الميتِ .  
وأمَّا ( الأمانة ) : فلأنَّ المالَ يكونُ عندهُ .

فإذا اختلَّ شرطٌ منْ هذه الشروطِ . . لم يكنْ منْ أهلِ الولايةِ والأمانةِ . فإنْ أوصى إلى صبيٍّ أو مجنونٍ . . لم تصحَّ الوصيةُ ؛ لأنَّه مُولَّى عليهما ، فلا يملكانِ الولايةَ على غيرهما وهذا إجماعٌ .

وإنْ أوصى إلى مسلمٍ فاسقٍ . . لم يصحَّ .

وقال أبو حنيفة : ( يصحُّ ) .

دليلنا : أنَّ الوصيةَ تقتضي ولايةً وأمانةً كما ذكرناه ، والفاسقُ ليسَ منْ أهلِ الولايةِ والأمانةِ .

وإنْ وصَّى مسلمٌ إلى كافرٍ . . لم تصحَّ الوصيةُ ؛ لأنَّ الفسقَ ينافي الوصيةَ ، فالكفرُ أولى ، وهو إجماعٌ<sup>(٢)</sup> أيضاً .

وإنْ وصَّى كافرٌ إلى كافرٍ : فإنْ كانَ الكافرُ غيرَ رشيدٍ في دينه . . لم تصحَّ الوصيةُ إليه ، كالوصيةِ إلى المسلمِ الناسقِ . وإنْ كانَ الوصيُّ رشيداً في دينه . . ففيه وجهانِ :

(١) الأوصياء - جمع وصي - : وهو الذي يقوم بالإشراف على شؤون الأولاد ورد الودائع وقضاء الديون وتنفيذ الوصية المعينة ، والخصومة في حقه ، وقبول الهبة ، وبيع ما يخشى عليه التلف ، وجمع الأموال الضائعة نيابة عن الميت ، وكل ذلك بتكليف منه . وللوصي أن يوصي بما أوصى به إليه غيره .

(٢) لأن الوصية من باب الولاية ، ولا ولاية لكافر على مسلم .

أحدهما : يصح ؛ لأنه يجوز أن يكون ولياً له ، فجاز أن يكون وصياً له .

والثاني : لا يصح ، كما لا يكون شاهداً له .

أمّا الوصية إلى العبد : فاختلف الناس فيها على أربعة مذاهب :

فـ [الأوّل] : ذهب الشافعي إلى : أنّ الوصية لا تصحّ إليه بحال ، سواء أوصى إلى عبد نفسه أو إلى عبد غيره ، بإذن سيّده أو بغير إذنه ، وسواء كان ورثته كباراً أو صغاراً ، أو بعضهم كباراً وبعضهم صغاراً . وبه قال أبو يوسف ، ومحمد ، وأبو ثور .  
و[الثاني] : ذهب مالك : إلى أنّ الوصية تصحّ إلى عبده وإلى عبد غيره إذا أذن له سيّده .

و[الثالث] : ذهب الأوزاعي ، وأبن شبرمة إلى أنّه : إنّ أوصى إلى عبد نفسه . . صحّ . وإن أوصى إلى عبد غيره . . لم يصحّ بحال .

و[الرابع] : قال أبو حنيفة : ( إنّ أوصى إلى عبد غيره . . لم يصحّ . وإن أوصى إلى عبد نفسه . . نظرت : فإن كان في ورثته كبيرٌ يلي . . لم يصحّ . وإن كانوا كلّهم صغاراً . . صحّ ) .

دليلنا : أنّه مولّى عليه فلم تصحّ الوصية إليه ، كالمجنون .

قال الشافعي : ( ولا تصحّ الوصية إلى المدبر ، ولا إلى المكاتب ، وأمّ الولد ، والمعتق بصفة ، ولا إلى المعتق بعضه ؛ لأنّ بعض الرّق حاصلٌ فيهم ، فهم بمنزلة العبد ) .

فرعٌ : [وصاية المرأة] :

وإذا جمعت المرأة الشرائط الخمس . . جازت الوصية<sup>(١)</sup> إليها ، وهو قول كافّة العلماء إلّا عطاء ، فإنّه قال : لا يجوز .

(١) في ( م ) : ( جاز أن يوصي ) .



دليلنا : ما روي : أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ لَهْنِدٍ : « خُذِي مَا يَكْفِيكَ وَوَلَدَكَ بِالْمَعْرُوفِ »<sup>(١)</sup> .

فجوزَ لها أَنْ تُنْفِقَ عَلَى أَوْلَادِهَا الصَّغَارِ .

وروي : ( أَنَّ عُمَرَ أَوْصَى إِلَى ابْنَتِهِ حَفْصَةَ )<sup>(٢)</sup> ، ولا مخالفَ له .

وإنَّ جَمَعَ الْأَعْمَى الشَّرَائِطَ الْخَمْسَ . . فهل تصحُّ الوصِيَّةُ إِلَيْهِ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ :

أَحَدُهُمَا : تصحُّ ؛ لِأَنَّهُ مِنْ أَهْلِ الشَّهَادَةِ .

وَالثَّانِي : لَا تصحُّ ؛ لِأَنَّ الْوَصِيَّ يُرَادُ لِلنَّظَرِ ، وَالْأَعْمَى لَا يَصْلَحُ لِلنَّظَرِ .

**مَسْأَلَةٌ :** [شرائط الوصي تعتبر عند الموت] :

ومتى يُعْتَبَرُ وُجُودُ الشَّرَائِطِ الْخَمْسِ فِي الْوَصِيِّ ؟ فِيهِ ثَلَاثَةُ أَوْجِهٍ :

[أَحَدُهَا] : مِنْ أَصْحَابِنَا مَنْ قَالَ : يُعْتَبَرُ وُجُودُهَا عِنْدَ مَوْتِ الْمَوْصِي دُونَ مَا قَبْلَهُ ؛

لِأَنَّ الْوَصِيَّ إِنَّمَا يَسْتَحِقُّ النَّظَرَ فِي تِلْكَ الْحَالِ دُونَ مَا قَبْلَهُ ، فَأَعْتَبِرَ حَالَهُ فِيهِ كَمَا يُعْتَبَرُ كَوْنُ الشَّخْصِ وَارِثاً عِنْدَ مَوْتِ الْمُورِثِ دُونَ مَا قَبْلَهُ .

(١) أخرجه عن الصديقة عائشة الشافعي في « ترتيب المسند » ٢/ (٢١٠) و (٢١١) ،  
والبخاري (٢٢١١) في البيوع ، ومسلم (١٧١٤) (٧) في الأقضية ، وأبو داود (٣٥٣٢)  
في البيوع والإجارة ، والنسائي في « الصغرى » (٥٤٢٠) في آداب القضاء ، وابن ماجه  
(٢٢٩٣) في التجارات ، وعبد الرزاق في « المصنف » (١٦٦١٣) ، وابن الجارود في  
« المنتقى » (١٠٢٥) في الأحكام ، والبيهقي في « السنن الكبرى » (١٤١/١٠)  
و (٤٧٧/٧) في النفقات .

(٢) أخرجه عن يحيى بن سعيد ، عن عبد الحميد بن عبد الله أبو داود (٢٨٧٩) في الوصايا : باب  
ما جاء في الرجل يوقف الوقف ، وأورد أيضاً وصية أمير المؤمنين عمر رضي الله عنه وأرضاه  
عبد الرزاق في « المصنف » (١٩٤١٧) . وأخرجه كأبي داود البيهقي في « السنن  
الكبرى » (١٦٠/٦) في الوقف ، وفيه : ( إن حدث به حدث أن ثغناً وصرمة ابن الأكوع صدقة  
والعبد الذي فيه ، ومئة السهم الذي بخير ورقيقه الذي فيه ، والمئة التي أطعمني محمد ﷺ تليه  
حفصة ما عاشت ، ثم يليه ذوو الرأي من أهلها لا يباع ولا يشتري ، ينفقه حيث رأى . . . ) .

و[الثاني] : منهم مَنْ قَالَ : يُعْتَبَرُ وُجُودُ الشَّرَاطِطِ فِي الْوَصِيِّ عِنْدَ عَقْدِ الْوَصِيَّةِ ، وَعِنْدَ مَوْتِ الْمَوْصِي دُونَ مَا بَيْنَهُمَا ؛ لِأَنَّ وَقْتَ الْوَصِيَّةِ حَالُ الْإِجَابِ ، وَوَقْتُ الْمَوْتِ حَالُ الْقَبُولِ .

و[الثالث] : منهم مَنْ قَالَ : تُعْتَبَرُ وُجُودُ الشَّرَاطِطِ فِي الْوَصِيِّ مِنْ حِينَ الْوَصِيَّةِ إِلَى أَنْ يَمُوتَ الْمَوْصِي ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَقْتٍ مِنْ ذَلِكَ يَجُوزُ أَنْ يَمُوتَ فِيهِ الْمَوْصِي فَيَسْتَحِقُّ الْوَصِي فِيهِ النَّظَرَ .

قَالَ الشَّيْخُ أَبُو حَامِدٍ : وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ . قِيلَ لَهُ : فَكَيْفَ يَكُونُ الْأَوَّلُ أَصَحَّ وَقَدْ قَالَ الشَّافِعِيُّ : ( لَا تَصَحُّ الْوَصِيَّةُ إِلَى الْمَدْبَرِ ، وَلَا إِلَى أُمِّ الْوَلَدِ ) ، وَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَعْتَقُ بَوَفَاتِهِ فَتَكْمُلُ فِيهِ الشَّرَاطِطُ ؟ فَقَالَ : يُحْمَلُ قَوْلُهُ هَذَا عَلَى أَنَّهُ أَرَادَ : مَدْبَرَ غَيْرِهِ ، وَأُمُّ وَلَدٍ غَيْرِهِ .

فَإِنْ أَوْصَى إِلَى مَنْ جَمَعَ الشَّرَاطِطَ ، ثُمَّ تَغَيَّرَتْ حَالُ الْوَصِيِّ بَعْدَ مَوْتِ الْمَوْصِي ، فَإِنْ تَغَيَّرَ لِضَعْفٍ عَنِ الْحِسَابِ أَوْ الْحِفْظِ . . لَمْ يَنْعَزَلْ بِذَلِكَ ، بَلْ يَضُمُّ إِلَيْهِ الْحَاكِمُ أَمِينًا يُعَاوَنُهُ ؛ لِأَنَّ الضَّعْفَ لَا يُنَافِي الْوِلَايَةَ ، بِدَلِيلٍ : أَنَّ الْأَبَ وَالْجَدَّ يَلِيَانِ مَالَ وَلَدِهِمَا وَإِنْ كَانَ فِيهِمَا ضَعْفٌ .

وَلَوْ كَانَ الْحَاكِمُ هُوَ الَّذِي نَصَّبَ الْأَمِينَ فَضَعُفَ . . فَلَهُ عَزْلُهُ ؛ لِأَنَّهُ نَصَّبَهُ .

وَإِنْ فَسَقَ الْوَصِيُّ أَوْ جُنَّ . . أَنْعَزَلَ عَنِ الْوَصِيَّةِ ؛ لِأَنَّ الْفِسْقَ وَالْجُنُونَ يَنَافِيَانِ الْوِلَايَةَ ، بِدَلِيلٍ : أَنَّ الْأَبَ وَالْجَدَّ وَالْحَاكِمَ إِذَا فَسَقَ وَاحِدٌ مِنْهُمْ أَوْ جُنَّ . . بَطَلَتْ وَلَايَتُهُ .

**مَسْأَلَةٌ :** [الوصية إلى اثنين] :

فَإِذَا أَوْصَى إِلَى اثْنَيْنِ . . صَحَّ ، كَالْوَكَالَةِ . فَإِنْ وَصَّى إِلَيْهِمَا ، وَإِلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ، مِثْلُ أَنْ يَقُولَ : أَوْصَيْتُ إِلَيْكُمَا ، وَإِلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْكُمَا ، أَوْ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْكُمَا أَنْ يَتَصَرَّفَ عَلَى الْإِنْفِرَادِ . . صَحَّ . فَإِنْ أَجْتَمَعَا عَلَى التَّصَرُّفِ . . صَحَّ . وَإِنْ أَنْفَرَدَ أَحَدُهُمَا بِالتَّصَرُّفِ . . صَحَّ أَيْضًا ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا كَالْوَصِيِّ الْمُنْفَرِدِ .

وإن مات أحدهما أو فسق أو جُنَّ . . لم يضمَّ الحاكمُ إلى الآخرِ غيره ؛ لأنَّ الموصيَ رضيَ بنظرٍ كلِّ واحدٍ منهما .

وإن قالَ : أوصيتُ إليكما على أن لا ينفردَ أحكما بالنظرِ والتصرفِ . . لم يَجُزْ لأحدهما أن ينفردَ بالتصرفِ ؛ لأنَّ الموصيَ لم يرضَ بنظرِهِ وَحدهُ . فإن اجتمعَا على التصرفِ . . صحَّ . وإن انفردَ أحدهما بالتصرفِ . . نظرتَ : فإن كانَ في ردِّ ودِعةٍ أو مغصوبٍ . . وقعَ موقعُهُ ؛ لأنَّ للمودِعِ<sup>(١)</sup> والمغصوبِ أن يأخذَ مالهَ بغيرِ واسطةٍ .

قالَ المسعوديُّ [في « الإبانة » ق/٤٣٩] : وهكذا لو كانَ ما انفردَ به قضاءً<sup>(٢)</sup> دينٍ من جنسِهِ ، أو وصيةً بشيءٍ معيَّنٍ . . فلا ضمانَ على المنفردِ بذلكَ منهما . وإن كانَ ما انفردَ به ممَّا يفتقرُ إلى الاجتهادِ ، كتفرقةِ الثلثِ على الفقراءِ وما أشبههُ . . لم يصحَّ ، وكانَ على المنفردِ بذلكَ الضمانُ ؛ لأنَّ ذلكَ يفتقرُ إلى الاجتهادِ ، ولم يرضَ الموصيُ باجتهادهِ وَحدهُ .

فإن قالَ : أوصيتُ إليكما في كذا وأطلقَ ، ولم يأذنْ لكلِّ واحدٍ منهما في التصرفِ على الانفرادِ ولا منعَ كلِّ واحدٍ منهما عن التصرفِ على الانفرادِ . . فحكمُهُ عندنا حكمُ ما لو منعَ كلِّ واحدٍ منهما عن التصرفِ على الانفرادِ .

وقالَ أبو يوسفَ : لكلِّ واحدٍ منهما أن ينفردَ بالتصرفِ .

(١) في ( م ) : ( لصاحبِ الودِعة ) .

(٢) في حاشيةِ نسخةٍ : ( هل يجوزُ للموصي أن يعفي ما لم يثبت عندَ الحاكمِ ؟ قالَ الفقيهُ أحمدُ بنُ موسى : لا يجوزُ للموصي أن يعفي شيئاً من الدينِ إلا إن كانَ يعلمُ يقيناً بثبوتِهِ أو بإثباتِ الحاكمِ أو نائبِ له .

ولا تخلو صورةُ قضاءِ الدينِ من نظرٍ من حيثُ أنَّ الدينَ في أصلِهِ غيرُ مُتعيَّنٍ من أعيانِ التركة ، والوارثُ قائمٌ مقامَ المورثِ ، ولو كانَ المورثُ حاكماً تعيَّنَ عليه أن يعطيه من ذلكَ بعينه بل له أن يعطيه من حيثِ يشاء ، لا سيما إذا كانَ من التركة من ذلكَ الجنسِ أثرٌ من حقهِ ، فلا خفاءَ بأن للوارثِ أن يعطيه قدرَ حقهِ مما شاء من ذلكَ . وما يسلمه الموصي في معيَّنٍ أولى مما بقي . وإذا كانَ الأمرُ كذلكَ . . فلا يحصلُ التعيَّنُ فيه إلا ممن يملكُ التعيَّنَ ، بخلافِ الأشياءِ المتعينةِ في الأصلِ ، كالودائعِ والغصبِ ) .

وقال أبو حنيفة ومحمد : ( إن أجمعاً على التصرف . . صح . وإن انفرد أحدهما في التصرف . . لم يصح إلا في ستة أشياء : [الأول] : في شراء كفن الموصي ، و[الثاني] : تفرقة ثلثه ، و[الثالث] : قضاء ديونه ، و[الرابع] : ردّ الوادئ ، و[الخامس] : الغُصوب ، و[السادس] : إطعام اليتيم وكسوته . فأما ما عدا ذلك من شراء العقار لليتيم وسائر العقود . . فلا يصح ) .

دليلنا : أنه مشترك بينهما ، فلم يكن لأحدهما أن ينفرد به ، كما لو وكل وكيلين في شراء شيء أو بيعه ، ولأنّ الجهة التي ملك بها الوصي النظر في الستة الأشياء هي الجهة التي ملك بها النظر في غيرها ، فإذا لم يملك النظر فيما عدا الستة الأشياء . . لم يملك النظر في الأشياء الستة .

إذا ثبت هذا : فإن أجمع الوصيان معاً على التصرف . . جاز . وإن تشاحا ، فقال كل واحد منهما : أنا أنظر أو أفعل ، أو قال : لا أفعل أنا . . قال الشيخ أبو حامد : وقف الأمر ليتفقا ما لم يطل تشاحهما فإن طال . . أقام الحاكم عدلين لينظرا ؛ لأنّ هذا موضع ضرورة .

قال المسعودي [في « الإبانة » ق / ٤٤٠] : فإذا استتاب أحدهما آخر عن نفسه ليتصرف مع الآخر . . جاز ؛ لأنّ رأي الاثنين حاصل<sup>(١)</sup> .

فإن مات أحدهما ، أو فسق ، أو جن . . لم يكن للآخر أن ينفرد بالتصرف ؛ لأنّ الموصي لم يرض بنظره وحده ، بل يرفع الأمر إلى الحاكم ليقيم آخر مع الباقي منهما . فإن أراد الحاكم أن يفوض النظر إلى الباقي منهما ، أو ماتا ، أو فسقا فأراد الحاكم تفويض النظر إلى عدل واحد . . ففيه وجهان :

أحدهما : يجوز ؛ لأنّ النظر قد صار إلى الحاكم ، فجاز أن يكون الباقي أميناً من قبل الحاكم ووصياً من الموصي .

والثاني : لا يصح ؛ لأنّ الموصي لم يرض إلا بنظر اثنين .

(١) في حاشية نسخة : ( إلا أن يكون في موضع يجوز للموصي المنفرد أن يستنيب فيه ) .

إِذَا ثَبَتَ هَذَا : فَإِنَّ الشَّافِعِيَّ قَالَ : ( إِذَا اُخْتَلَفَا . . قُسِّمَ بَيْنَهُمَا مَا كَانَ يَنْقَسِمُ ، وَجُعِلَ فِي أَيْدِيهِمَا نَصْفَيْنِ ، وَأَمْرًا بِالاحتفاظِ بما لَمْ يَنْقَسِمِ ) .

وَاخْتَلَفَ أَصْحَابُنَا فِي تَأْوِيلِ هَذَا :

فَقَالَ أَبُو إِسْحَاقَ : إِنَّمَا عَطَفَ الشَّافِعِيُّ بِهَذَا عَلَى الْأُولَى ، وَهِيَ : إِذَا أَوْصَى إِلَيْهِمَا وَإِلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ، فَاخْتَلَفَا فِي النَّظَرِ وَالتَّصَرُّفِ ، فَقَالَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا : أَنَا أَنْظَرُ وَحَدِي ، فَإِنْ كَانَ الشَّيْءُ مِمَّا يَنْقَسِمُ . . قُسِّمَ بَيْنَهُمَا وَدُفِعَ إِلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نَصْفُهُ لِيَنْظَرَ فِيهِ وَيَتَصَرَّفَ بِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ أَحَدُهُمَا بِأُولَى مِنَ الْآخَرِ .

قَالَ : وَلَا يُقَسَّمُ بَيْنَهُمَا كَقِسْمَةِ الْأَمْلاكِ وَلَكِنْ عَلَى جِهَةِ التَّقْرِيبِ وَالتَّعْدِيلِ ، بَأَن يَقُومَ وَيُدْفَعُ إِلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا شَيْءٌ بِقِيَمَتِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِإِقْرَارِ مَلِكٍ وَإِنَّمَا هُوَ لِلنَّظَرِ . فَأَمَّا إِذَا أَوْصَى إِلَيْهِمَا مَعًا أَوْ أَوْصَى إِلَيْهِمَا وَأَطْلَقَ . . فَلَا يُقَسَّمُ بَيْنَهُمَا ؛ لِأَنَّ الْمَوْصِيَّ لَمْ يَرْضَ أَحَدَهُمَا ، وَلَكِنَّهُمَا يَجْتَمِعَانِ عَلَى النَّظَرِ .

وَمِنْ أَصْحَابِنَا مَنْ قَالَ : هَذِهِ الْمَسْأَلَةُ مَعْطُوفَةٌ عَلَى مَا <sup>(١)</sup> إِذَا أَوْصَى إِلَيْهِمَا مَعًا وَمَنْعَ أَحَدَهُمَا عَنِ الْإِنْفِرَادِ فِي التَّصَرُّفِ ، أَوْ وَصَّى إِلَيْهِمَا وَأَطْلَقَ ، وَتَشَاخًا فِي الْحِفْظِ لَا فِي النَّظَرِ ، فَقَالَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا : أَنَا أَحْفَظُهُ إِلَى وَقْتِ النَّظَرِ ، فَإِنْ كَانَ بَحِثُ لَا يَنْقَسِمُ . . كَانَ تَحْتَ أَيْدِيهِمَا مَعًا . وَإِنْ كَانَ مِمَّا يَنْقَسِمُ . . قُسِّمَ بَيْنَهُمَا نَصْفَيْنِ ؛ لِأَنَّهُ يَتَعَذَّرُ أَجْتِمَاعُهُمَا عَلَى حِفْظِهِ . وَهَذَا اخْتِيَارُ الشَّيْخِ أَبِي إِسْحَاقَ وَالْمَسْعُودِيِّ [فِي « الْإِبَانَةِ » ق/٤٤٠] .

فِرْعُ : [تَوْقِيتُ مَدَّةِ الْوَصَايَةِ] :

إِذَا أَوْصَى إِلَيْهِ فِي شَيْءٍ مَدَّةً . . لَمْ يَصِرْ وَصِيًّا بَعْدَ انْقِضَاءِ الْمَدَّةِ .

وَإِنْ وَصَّى إِلَيْهِ فِي جِهَةٍ مِنَ التَّصَرُّفِ . . لَمْ يَصِرْ بِهَا وَصِيًّا لَهُ فِي غَيْرِهَا مِنَ الْجِهَاتِ . وَبِهِ قَالَ أَبُو يُونُسَ وَمُحَمَّدٌ .

(١) فِي ( م ) : ( عَلَيْهِ ) .



وقال أبو حنيفة : ( إذا أوصى إليه في جهة . . كان وصياً فيها وفي غيرها من الجهات ، مثل أن يوصى إليه في تفرقة ثلثه ، فإنه يكون وصياً في ذلك وفي قضاء ديونه وردّ ودائعِهِ ، وكذلك إذا أوصى إليه في نفقة أولاده الصغار . . صار وصياً بالنفقة عليهم ، وبحفظ أموالهم ، والعقد عليها وغير ذلك ) .

دليلنا : أنه ينظر بتوليّه ، فلم يجاوز نظره إلى غير ما وُلّي فيه ، كالوكيل ، وعكسه الأب والجَدُّ .

**مسألة :** [توكيل الوصي] :

إذا أوصى إليه بشيء . . فللوصي أن يوكل غيره في كل ما لم تجر العادة أن يتولاه بنفسه ، كما قلنا في الوكيل .

وإن وصّى إليه بشيء يقدّر عليه بنفسه . . فهل له أن يوكل غيره فيه ؟ حكى الشيخ أبو حامد فيه وجهين :

أحدهما : لا يجوز ، كما قلنا في الوكيل .

والثاني : يجوز ، وهو المذهب ؛ لأنّ تصرف الوصي بولاية ؛ لأنّه يتصرّف فيما لم ينصّ له عليه ، فجاز له التوكيل فيما يقدّر عليه ، كالأب والجَدُّ والحاكم ، بخلاف الوكيل .

**فرع :** [عدم الإذن للوصي بأن يوصي] :

وإن أوصى إلى رجل ولم يأذن الموصي للوصي أن يوصي . . فللوصي أن يتصرّف ما عاش ، وليس له أن يوصي إلى غيره به . وبه قال الأوزاعي وأحمد وإسحاق .

وقال الثوري ، ومالك ، وأبو حنيفة وأصحابه : ( للوصي أن يوصي ) .

دليلنا : أنه ينظر بتوليّه ، فلم يملك الإيصاء ، كالوكيل ، وفيه احتراز من الأب والجَدُّ .

وإن قال : أوصيت إليك ، فإن حدث بك حادث من فسق ، أو جنون ، أو موت

فَقَدْ أَوْصِيْتُ إِلَى فُلَانٍ .. صَحَّ ؛ لَمَّا رَوَى : أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ بَعَثَ جَيْشًا وَقَالَ : « أَمِيرُكُمْ فُلَانٌ ، فَإِنْ أُصِيبَ .. فَفُلَانٌ ، فَإِنْ أُصِيبَ .. فَفُلَانٌ » <sup>(١)</sup> .

وَإِذَا ثَبَتَ ذَلِكَ فِي الْوَلَايَةِ .. ثَبَتَ فِي الْوَصِيَّةِ .

وَرَوَى : ( أَنَّ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَوْصَى إِلَى ابْنَتِهِ حَفْصَةَ ، فَإِذَا مَاتَتْ .. فَإِلَى ذَوِي الرَّأْيِ مِنْ أَهْلِهَا ) .

و : ( أَوْصَتْ فَاطِمَةُ إِلَى عَلِيٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا ، فَإِذَا مَاتَ .. فَإِلَى ابْنَيْهِمَا عَلَيْهِمَا السَّلَامُ ) <sup>(٢)</sup> .

وَإِنْ أَوْصَى إِلَى رَجُلٍ وَأَذِنَ لِلْوَصِيِّ أَنْ يَوْصِيَ عَنِ الْمَوْصِي .. قَالَ ابْنُ الصَّبَّاحِ : صَحَّ ذَلِكَ قَوْلًا وَاحِدًا .

وَإِنْ وَصَّى إِلَيْهِ أَنْ يَوْصِيَ عَنْ نَفْسِهِ .. فَفِيهِ قَوْلَانِ .

وَذَكَرَ الشَّيْخُ أَبُو حَامِدٍ : أَنَّهُ إِذَا قَالَ : أَوْصِيْتُ إِلَيْكَ ، أَوْ أَذِنْتُ لَكَ إِنْ حَدَثَ بَكَ مَوْتُ أَنْ تَوْصِيَ إِلَى مَنْ شِئْتَ ، أَوْ قَالَ : إِنْ حَدَثَ بَكَ مَوْتُ فَمَنْ أَوْصِيْتَ إِلَيْهِ فَهُوَ وَصِيِّي ، أَوْ قَالَ : مَنْ أَوْصِيْتَ إِلَيْهِ فَقَدْ أَوْصِيْتُ إِلَيْهِ .. فَالْحُكْمُ فِي الْجَمِيعِ وَاحِدٌ .

قَالَ الشَّافِعِيُّ فِي مَوْضِعٍ : ( يَجُوزُ ) ، وَقَالَ فِي مَوْضِعٍ آخَرَ : ( لَا يَجُوزُ ) .

وَأَخْتَلَفَ أَصْحَابُنَا فِيهِ : فَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ : يَجُوزُ ذَلِكَ قَوْلًا وَاحِدًا ، وَهُوَ اخْتِيَارُ أَبِي إِسْحَاقَ الْمُرُوزِيِّ ؛ لِأَنَّ الْمَوْصِيَّ يَمْلِكُ التَّصَرُّفَ بِنَفْسِهِ ، وَيَمْلِكُ أَنْ يُمْلِكَ غَيْرَهُ التَّصَرُّفَ بَعْدَ مَوْتِهِ وَهُوَ الْوَصِيُّ ، فَلَمَّا كَانَ لِلْمَوْصِي أَنْ يُمْلِكَ غَيْرَهُ التَّصَرُّفَ .. مَلَكَ أَنْ يُمْلِكَ غَيْرَهُ التَّوْلِيَةَ ؛ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ أَكْثَرُ مِنَ الْوَكَالَةِ ، فَلَمَّا كَانَ لِلْوَكِيلِ أَنْ يُوَكَّلَ بِإِذْنِ

(١) أَخْرَجَهُ عَنْ ابْنِ عَمْرِو بْنِ الْبَخَارِيِّ ( ٤٢٦١ ) فِي الْمَغَازِي وَفِيهِ : « إِنْ قَتَلَ زَيْدٌ .. فَجَعْفَرٌ ، وَإِنْ قَتَلَ جَعْفَرٌ .. فَعَبْدُ اللَّهِ بْنُ رَوَاحَةَ » . قَالَ الْحَافِظُ فِي « الْفَتْحِ » ( ٥٨٤ / ٧ ) : وَفِي حَدِيثِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ جَعْفَرٍ عِنْدَ أَحْمَدَ وَالنَّسَائِيِّ بِإِسْنَادٍ صَحِيحٍ : « إِنْ قَتَلَ زَيْدٌ .. فَأَمِيرُكُمْ جَعْفَرٌ » وَرَوَى أَحْمَدُ وَالنَّسَائِيُّ وَصَحَّحَهُ ابْنُ حَبَانَ مِنْ حَدِيثِ أَبِي قَتَادَةَ ... وَقَالَ : « عَلَيْكُمْ زَيْدُ بْنُ حَارِثَةَ ، فَإِنْ أَصِيبَ زَيْدٌ .. فَجَعْفَرٌ » فَذَكَرَ الْحَدِيثَ .

(٢) أَوْرَدَهُ الْحَافِظُ فِي « تَلْخِيصِ الْحَبِيرِ » ( ١١١ / ٣ ) فِي الْوَصَايَا وَقَالَ : لَمْ أَرَهُ .

الموكل . . كان للوصي أن يوصي إلى غيره بإذن الموصي .

ومنهم من قال : فيه قولان ، وهو اختيار الشيخ أبي حامد :

أحدهما : يجوز . وبه قال أبو حنيفة والثوري ؛ لما ذكرناه .

والثاني : لا يجوز . واختاره الشيخ أبو حامد ؛ لأن الوصي يعقد الوصية عن الميت بإذنه ولا إذن للميت - في حال لا ولاية للميت - لأنه ليس من أهل الولاية ، فلم يصح .

وإن قال : أوصيت إليك ، فإن حدث بك حادث ، فأوص إلى فلان ، فإن قلنا في التي قبلها : يصح قولاً واحداً . . فهاهنا أولى أن يصح .

وإن قلنا في التي قبلها : إنها على قولين . . ففي هذه طريقان :

أحدهما : أنها على قولين ؛ لأننا إنما منعنا الوصية ؛ لأن الوصي يعقد الوصية لآخر عن إذن من لا إذن له في حال العقد ، وهذا المعنى موجود هاهنا .

ومنهم من قال : يصح هاهنا قولاً واحداً ؛ لأن الموصي قطع اجتهاده بالتعيين<sup>(١)</sup> .

قال الشيخ أبو حامد : والأول أصح .

فرع : [يشترط قبول الوصي] :

وإذا أوصى إليه . . لم يملك الوصي التصرف إلا بالقبول ، كما لو وصى له . فإن قبل بعد موت الموصي . . صح ، كالوصية له . وإن قبل قبل موت الموصي . . فهل يصح قبوله ؟ فيه وجهان :

أحدهما : لا يصح ، كالوصية له .

والثاني : يصح ؛ لأنه إذن في التصرف فجاز القبول فيه بعد الإيجاب ، كالوكالة .

فإذا قلنا بهذا : فللوصي أن يعزل نفسه في حياة الموصي . فإذا عزل نفسه . . أنعزل ولم تعد الوصية إليه إلا بوصية أخرى ، وسواء عزل نفسه بحضرة الموصي أو بغيبته .

(١) في ( م ) : ( باليقين ) .

وقال أبو حنيفة : ( إذا عزل نفسه في حياة الموصي . . لم ينعزل حتى يرده في وجهه ) يعني : بحضرته .

دليلنا : أنه قطع عقد لا يفتقر إلى رضاه ، فلم يفتقر إلى حضوره ، كالوكالة والطلاق .

وإن قلنا : لا يصح قبوله إلا بعد موت الموصي . . فلا حكم بعزله نفسه في حياة الموصي . فإن قبل الوصية بعد موت الموصي ثم عزل نفسه . . أنعزل ورفع الأمر إلى الحاكم ؛ ليقيم غيره مقامه .

وقال أبو حنيفة : ( إذا مات الموصي وقبل الوصي الوصية . . لزم الوصية إليه ، فلا يملك عزل نفسه ، ولا يملك الحاكم عزله إلا بأن يعجز أو يقر بالعجز ، فيقيم الحاكم مقامه ) .

دليلنا : أنه ينظر بتولييه ، فملك عزل نفسه كالوكيل . وللموصي أن يعزل الوصي ؛ لأنه أذن له في التصرف ، فجاز له عزله ، كالموكل .

**مسألة :** [ ما يقوم به الوصي ] :

قال الشافعي : ( ويخرج الوصي من مال اليتيم كل ما لزمه من زكاة ماله وجنائته وما لا غنى به عنه ) .

وجملة ذلك : أن الوصي يخرج من مال الصغير زكاة ماله ، وزكاة فطره ، ومماليكه ؛ لما روي عن علي رضي الله عنه : أنه كان في يده مال ليتيم ، فلما بلغ . . رده إليه ، فوجده ناقصاً ، فسأله عن ذلك ، فقال : أحسبوا قدر الزكاة ، فحسبوا ، فإذا هو قدر النقصان ، فقال علي : ( أفتراني ألي مالا لا أخرج الزكاة منه )<sup>(١)</sup> ، ولأن ذلك حق واجب ، فكان على الولي إخراجهُ .

(١) أخرج خبر علي المرتضى عن عبيد الله بن أبي رافع عبد الرزاق في « المصنف » ( ٦٩٨٦ ) في الزكاة ، باب : صدقة مال اليتيم ، ونحوه عند أبي عبيد في « الأموال » ( ١٣٠٥ ) و ( ١٣٠٦ ) ، والبيهقي في « السنن الكبرى » ( ١٠٧ / ٤ ) و ( ٢٨٥ / ٦ ) في الوصايا .

وإن قتل الصغير آدمياً عمداً أو خطأ . . . وجب عليه الكفارة ، وأخرجها الوليُّ من ماله ، ويُخرج عنه ما وجب عليه بأرشر الجناية وإتلاف المال ؛ لأنَّ ذلك واجبٌ عليه ، فهو كالزكاة . وإنما يُخرج الوليُّ الأرشرَ وبدلَ المتلفِ من ماله إذا قامت البيّنة على إتلافه . فأما بإقراره . . . فلا يتصور ذلك ؛ لأنَّه غيرُ مكلفٍ ، فلا حكم لإقراره .

وإن أقرَّ الوصيُّ عليه . . . لم يلتفت إلى إقراره ؛ لأنَّه أقرَّ عليه بما فيه ضررٌ عليه ، فلم يُقبل ، وينفق عليه الوصيُّ ويكسوه بالمعروف ؛ لأنَّ ماله مُرصدٌ لمصالحه ، ونفقته وكسوته منها . فإن أنفق عليه أو كساه أكثر من المعروف . . . لزم الوصيُّ ضمانُ الزيادة ؛ لأنَّه مفرطٌ فيها .

فإن بلغ الصبيُّ رشيداً . . . سلّم إليه ماله .

وإن اختلف هو والوصيُّ في قدر ما أنفق عليه الوصيُّ ، فإن كان ما يدّعيه الوصيُّ أكثر من النفقة بالمعروف . . . لزم الوصيُّ ضمانُ الزيادة . وإن كان ما يدّعيه النفقة بالمعروف . . . فالقول قول الوصيِّ مع يمينه ؛ لأنَّه أمينٌ فقبل قوله فيه .

وإن اختلفا في قدر مدّة الإنفاق عليه ، بأن قال الوصيُّ : مات أبوك من عشر سنين وأنفقت عليك فيها ، وقال : بل مات أبي من ثماني سنين . . . ففيه وجهان ، حكاهما الشيخ أبو إسحاق :

أحدهما - وهو قول أبي سعيد الإصطخري - : أنَّ القول قول الوصيِّ ، كما لو اختلفا في قدر النفقة .

والثاني - وهو قول أكثر أصحابنا ، ولم يذكر الشيخ أبو حامد غيره - : أنَّ القول قول الموصي عليه ؛ لأنَّ الأصل حياة الأب ، ويمكن الوصيُّ إقامة البيّنة على ذلك بخلاف قدر النفقة .

وإن ادّعى الوصيُّ أنَّه دفع إليه ماله بعد البلوغ وأنكر الموصي عليه . . . ففيه وجهان : أحدهما - وهو المنصوص - : ( أنَّ القول قول الموصي عليه ؛ لأنَّه لم ياتمه على المال ، فلم يُقبل قوله عليه ، كالمودع إذا ادّعى دفع الوديعة إلى وارث المودع ، والملتقط إذا ادّعى دفع اللقطة إلى مالِكها ) .



والثاني : أنَّ القولَ قولُ الوصيِّ ، كما قلنا في النفقة .

وإن بلغ الصبيُّ غيرَ رشيدٍ . . أَسْتَدِيمَ عليه الحَجْرُ وَلَمْ يُسَلِّمْ إليه ماله ، بل يُنْفَقُ عليه ويكسوه ويخرج ما وَجَبَ عليه مِنْ ماله كما كان قَبْلَ البلوغ .

قال الشافعيُّ : ( فَإِنْ كَانَ مَتْلِفًا يُبَذَّرُ مَا يُعْطَى مِنْ نَفَقَةِ أُسْبُوعٍ . . أَعْطَاهُ نَفَقَةَ يَوْمٍ فَيَوْمٍ . وَإِنْ كَانَ يَتْلِفُ مَا يُعْطِيهِ مِنْ نَفَقَةِ يَوْمٍ . . فَإِنَّ الْوَصِيَّ يَجْلِسُهُ <sup>(١)</sup> عِنْدَهُ وَيَحْضُرُ الطَّعَامَ وَيَأْكُلُهُ وَهُوَ بَيْنَ يَدَيْهِ ) .

فَإِنْ كَانَ يَخْرِقُ الثِّيَابَ ، أَوْ كَانَ مَجْنُونًا كَثِيرَ الْخَرْقِ <sup>(٢)</sup> . . قَالَ الشَّافِعِيُّ : ( قَرَّعَهُ <sup>(٣)</sup> الْوَلِيُّ وَهَدَّدَهُ فَإِنْ تَهَيَّبَ وَأَرْتَدَعَ وَإِلَّا . . فَإِنَّ الْوَلِيَّ يُجْلِسُهُ فِي الْبَيْتِ عُريَانًا بِمِئْزَرٍ يَسْتُرُ عَوْرَتَهُ وَيَصِلِّي فِيهِ ، فَإِذَا أَخْرَجَهُ إِلَى النَّاسِ . . كَسَاهُ ، فَإِذَا رَدَّهُ . . نَزَعَ عَنْهُ ذَلِكَ ) .

وَإِنْ أَحْتَاجَ إِلَى خَادِمٍ ، وَمِثْلُهُ يُخْدَمُ . . قَالَ الشَّافِعِيُّ : ( اشْتَرَى لَهُ خَادِمًا ) .

وَأَمَّا إِنْكَاحُهُ : فَإِنْ لَمْ يَكُنْ مُحْتَاجًا إِلَيْهِ . . لَمْ يَزَوِّجْهُ ؛ لَأَنَّهُ لَا حَاجَةَ بِهِ إِلَيْهِ ؛ لَأَنَّهُ يَلْزَمُهُ الْمَهْرُ ، وَالنَّفَقَةُ ، وَالْكِسْوَةُ . وَإِنْ أَحْتَاجَ إِلَى النِّكَاحِ . . زَوَّجَهُ الْوَصِيُّ <sup>(٤)</sup> ؛ لِئَلَّا يُقَدِّمَ عَلَى الزَّنا ، فَيَكُونُ فِيهِ رَجْمُهُ أَوْ حَدُّهُ . وَصِيَانَةُ نَفْسِهِ أَوْلَى مِنْ صِيَانَةِ مَالِهِ .

قال الشيخ أبو حامد : ولا يزيدُ على واحدة ؛ لِأَنَّ الْكِفَايَةَ تَقَعُ بِهَا ، بِخِلَافِ الْأَبِ وَالْجَدِّ ، فَإِنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يَزَوِّجَ الصَّغِيرَ بِأَرْبَعٍ ؛ لَأَنَّهُ غَيْرُ مَتَّهِمٍ فِي ذَلِكَ .

**مَسْأَلَةٌ :** [ ما يلحق الميت بعد الوفاة ] :

قال الشافعيُّ في « الإِمْلَاءِ » : ( يَلْحَقُ الْمَيِّتَ مِنْ فَعْلٍ غَيْرِهِ وَعَمَلِهِ حَبٌّ يُوَدَّى عَنْهُ ، أَوْ مَالٌ يُتَصَدَّقُ بِهِ ، أَوْ دَيْنٌ يُقْضَى ، أَوْ دَعَاءٌ ) .

وجملة ذلك : أَنَّهُ إِذَا مَاتَ وَعَلَيْهِ حَبٌّ فَرَضِيٍّ إِمَّا حَجَّةُ الْإِسْلَامِ ، أَوْ الْقَضَاءُ أَوْ

(١) فِي ( م ) : ( يَحْبِسُهُ ) .

(٢) الْخَرْقُ : الْحَمَقُ ، يَقَالُ خَرْقٌ خَرْقًا : حَمَقُ ، وَ - الشَّيْءُ - : جَهْلُهُ وَلَمْ يَحْسَنْ عَمَلَهُ .

(٣) قَرَّعَهُ : لَامَهُ وَعَاتَبَهُ وَأَنَبَهُ .

(٤) فِي ( م ) : ( الْوَلِيُّ ) .

النذر ، فَإِنْ كَانَ لَهُ مَالٌ . . وَجَبَ قِضَاؤُهُ مِنْ مَالِهِ . وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ ففَعَلَهُ الْوَارِثُ أَوْ الْأَجْنَبِيُّ عَنْهُ . . صَحَّ ؛ لَمَّا رَوَى : أَنَّ أَمْرَأَةً مِنْ خُثْعَمٍ أَسْتَأْذَنَتِ النَّبِيَّ ﷺ فِي الْحَجِّ عَنْ أَبِيهَا فَأَذِنَ لَهَا ، قَالَتْ : أَيْنَعُهُ ذَلِكَ ؟ قَالَ : « نَعَمْ كَمَا لَوْ كَانَ عَلَى أَبِيكَ دَيْنٌ . . فَقَضَيْتِهِ ، نَفَعَهُ » .

وَإِنْ لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ حَجٌّ فَرَضٍ ، فَأَرَادَ إِنْسَانٌ أَنْ يَتَطَوَّعَ بِالْحَجِّ عَنْهُ بِغَيْرِ إِذْنِهِ . . لَمْ يَجُزْ ، وَلَمْ يَلْحَقْهُ ثَوَابُهُ ؛ لِأَنَّ تَطَوُّعَهُ لَا يَلْحَقُ غَيْرَهُ . وَإِنْ أَوْصَى بِهِ . . فِيهِ قَوْلَانِ ، وَقَدْ مَضَى ذَلِكَ فِي الْحَجِّ .

وَأَمَّا الصَّدَقَةُ : فَيَجُوزُ لِلْوَارِثِ وَالْأَجْنَبِيِّ أَنْ يَتَصَدَّقَ عَنِ الْمَيِّتِ ، وَيَلْحَقُ الْمَيِّتَ ثَوَابُهَا ؛ لَمَّا رَوَى : ( أَنَّ رَجُلًا أَتَى النَّبِيَّ ﷺ ، فَقَالَ : يَا رَسُولَ اللَّهِ ! إِنَّ أُمِّي أَفْتَلَتَتْ نَفْسُهَا ، وَلَوْ لَا ذَلِكَ لَوَهَبْتُ وَتَصَدَّقْتُ ، أَتَصَدَّقُ عَنْهَا ؟ قَالَ : « نَعَمْ » قَالَ : فَإِنَّ لِي مَخْرَفًا فَأُشْهِدُكَ أَنِّي قَدْ تَصَدَّقْتُ بِهِ عَنْهَا ) (١) .

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ : ( وَوَاسِعٌ فِي فَضْلِ اللَّهِ أَنْ يَثِيبَ الْمُتَصَدِّقَ أَيْضًا ) .

وَأَمَّا الدَّيْنُ : فَيَجُوزُ لِلْوَارِثِ وَالْأَجْنَبِيِّ أَنْ يَقْضِيَهُ عَنِ الْمَيِّتِ ؛ لِمَا ذَكَرْنَاهُ فِي حَدِيثِ الْخُثْعَمِيَّةِ .

وَرَوَى : أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ : أُتِيَ بِجَنَازَةٍ لِيُصَلِّيَ عَلَيْهَا ، فَقَالَ : « هَلْ عَلَى صَاحِبِكُمْ دَيْنٌ ؟ » قَالُوا : نَعَمْ ، دِينَارَانِ . فَتَحَمَّلَهُمَا أَبُو قَتَادَةَ ، فَصَلَّى عَلَيْهِ النَّبِيُّ ﷺ ، فَلَمَّا قَضَاهُمَا أَبُو قَتَادَةَ . . قَالَ لَهُ النَّبِيُّ ﷺ : « الْآنَ بَرَدْتَ عَلَيْهِ جِلْدَهُ » .

وَأَمَّا الدُّعَاءُ : فَيَلْحَقُ الْمَيِّتَ ؛ لِقَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ وَالَّذِينَ جَاءُوا مِنْ بَعْدِهِمْ يَقُولُونَ رَبَّنَا

(١) أَخْرَجَهُ عَنْ عَائِشَةَ الصَّدِيقَةِ بِنَحْوِهِ الْبُخَارِيُّ ( ١٣٨٨ ) فِي الْجَنَائِزِ ، وَمُسْلِمٌ ( ١٠٠٤ ) فِي الزَّكَاةِ ، بَابُ : وَصُولُ ثَوَابِ الصَّدَقَةِ عَنِ الْمَيِّتِ . افْتَلَتَتْ : مَاتَتْ فَجَاءَتْ . وَهَبَتْ : تَصَدَّقَتْ . مَخْرَفًا : بَسْتَانًا . وَبِهَذَا يَسْتَدِلُّ عَلَى أَنَّ الْإِسْتِغْفَارَ وَالْدُّعَاءَ وَالصَّدَقَةَ وَالْعَتَقَ وَالْحَجَّ وَقِرَاءَةَ الْقُرْآنِ مُسْتَحَبَّةٌ وَيَصِلُ ثَوَابُهَا إِلَى الْمَيِّتِ . قَالَ ابْنُ الصَّلَاحِ : فِي إِهْدَاءِ الْقُرْآنِ خِلَافٌ لِلْفُقَهَاءِ ، وَالَّذِي عَلَيْهِ عَمَلُ أَكْثَرِ النَّاسِ تَجْوِيزُ ذَلِكَ ، وَيَنْبَغِي لِمَنْ أَرَادَ ذَلِكَ أَنْ يَقُولَ : اللَّهُمَّ أَوْصِلْ مِثْلَ ثَوَابِ مَا قَرَأْتَهُ لِفُلَانٍ ، فَيُجْعَلْ دُعَاءٌ ، وَلَا خِلَافٌ فِي نَفْعِ الدُّعَاءِ وَوَصُولِهِ ، وَأَهْلُ الْخَيْرِ قَدْ وَجَدُوا الْبَرَكَةَ فِي مُوَاصَلَةِ الْأَمْوَاتِ بِالْقِرَاءَةِ وَالْدُّعَاءِ .

أَغْفِرَ لَنَا وَلِإِخْوَانِنَا الَّذِينَ سَبَقُونَا بِالْإِيمَانِ ﴿١٠﴾ [الحشر : ١٠] . فلولَا أَنَّ الدَّعَاءَ يَلْحَقُهُمْ . . لَمَا أَثْنَى عَلَيْهِم بِالْدَّعَاءِ لِإِخْوَانِهِمْ .

وروي : أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « إِذَا مَاتَ الْإِنْسَانُ . . انْقَطَعَ عَمَلُهُ إِلَّا مِنْ ثَلَاثٍ : صَدَقَةٌ جَارِيَةٍ ، وَعِلْمٌ يُنْتَفَعُ بِهِ ، وَوَلَدٌ صَالِحٌ يَدْعُو لَهُ » <sup>(١)</sup> .  
فمعنى ( الصدقة الجارية ) : الوقف .

ومعنى ( العلم المنتفع به ) : إمَّا كُتِبَ عِلْمٌ وَقَفَهَا ، أَوْ عِلْمٌ غَيْرُهُ .

فَأَمَّا مَا سِوَى ذَلِكَ مِنَ الْقُرْبِ ، كَالصَّلَاةِ وَالْقِرَاءَةِ وَالذِّكْرِ . . فَلَا يَلْحَقُ الْمَيِّتَ ثَوَابُهَا بِفَعْلِ الْغَيْرِ لَهَا عَنْهُ ، قَالَ أَصْحَابُنَا : إِلَّا أَنَّهُ إِذَا قُرِئَ الْقُرْآنُ عِنْدَ الْقَبْرِ أَوْ الْمَيِّتِ . . فَإِنَّ ثَوَابَ الْقِرَاءَةِ لِلْقَارِئِ ، وَلَكِنَّ الرَّحْمَةَ تَنْزِلُ حَيْثُ يُقْرَأُ الْقُرْآنُ ، فَيُرْجَى أَنْ تَعَمَّ الرَّحْمَةُ الْمَيِّتَ ؛ لِأَنَّهُ كَالْجَالِسِ بَيْنَهُمْ . هَذَا مَذْهَبُنَا .

وحكي عَنْ أَحْمَدَ بْنِ حَنْبَلٍ : أَنَّهُ قَالَ : ( يَلْحَقُ الْمَيِّتَ ثَوَابُ مَا يُفْعَلُ عَنْهُ مِنَ الصَّلَاةِ ، وَالْقِرَاءَةِ ، وَالذِّكْرِ ) .

ودليلنا : قَوْلُهُ تَعَالَى : ﴿ وَأَنْ لَّيْسَ لِلْإِنْسَانِ إِلَّا مَا سَعَى ﴾ [النجم : ٣٩] وهذا عمومٌ إِلَّا فِيمَا خَصَّهُ الدَّلِيلُ .

وقوله ﷺ : « إِذَا مَاتَ الْإِنْسَانُ . . انْقَطَعَ عَمَلُهُ إِلَّا مِنْ ثَلَاثٍ : صَدَقَةٌ جَارِيَةٍ ، وَعِلْمٌ يُنْتَفَعُ بِهِ ، وَوَلَدٌ صَالِحٌ يَدْعُو لَهُ » . وهذا ليس بواحدٍ منها .

وإنْ أَعْتَقَ عَنِ الْمَيِّتِ رَقَبَةً ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِي ذِمَّتِهِ رَقَبَةٌ مِنْ كَفَّارَةٍ مُتَحْتَمَّةٍ بِالْعَتَقِ أَوْ بِالنَّذْرِ ، وَلَا أَوْصَى بِهَا . . لَمْ يَقَعْ ذَلِكَ الْعَتَقُ عَنِ الْمَيِّتِ ؛ لِمَا ذَكَرْنَاهُ . وَإِنْ كَانَ فِي ذِمَّتِهِ عَتَقُ رَقَبَةٍ مُتَحْتَمَّةٍ مِنْ نَذْرٍ أَوْ كَفَّارَةٍ قَتْلٍ أَوْ ظَهَارٍ ، فَأَعْتَقَ عَنْهُ الْوَارِثُ أَوْ الْوَصِيُّ . . صَحَّ ذَلِكَ عَنِ الْمَيِّتِ وَإِنْ كَانَ بغيرِ إِذْنِهِ ؛ لِأَنَّهُ وَاجِبٌ عَلَيْهِ وَهُمَا يَقُومَانِ مَقَامَهُ فِي أَدَاءِ الْوَاجِبِ عَلَيْهِ .

(١) أخرجه عن أبي هريرة مسلم ( ١٦٣١ ) في الوصية ، باب : ما يلحق الإنسان من الثواب بعد وفاته .

وإن كان عليه كفارة يمين فأعتق عنه رقبة بعد موته بغير إذنه . . فهل تقع<sup>(١)</sup> عنه ؟ فيه وجهان :

أحدهما : تقع عن الميت ؛ لأنه لو كفر بها في حياته . . لصح ، فإذا أعتقها عنه غيره بعد موته . . وقعت عنه ، ككفارة الظهار .

والثاني : لا تقع عنه ، بل تقع عن المعتق ؛ لأن العتق كان غير متحتم عليه ، بل كان مخيراً : بين الإطعام والكسوة والعتق ، فصار كما لو تطوع عنه بالعتق .

فرع : [اختلاف الورثة والموصى له] :

إذا قال : إن مت من مرضي هذا . . فلزيد كذا ، فمات ، فأدعى الموصى له أنه مات من ذلك المرض ، وقال الورثة : بل برىء منه ، ثم مات . . فالقول قول الورثة مع أيمانهم ؛ لأن الأصل أنقال الملك إليهم إلا أن يثبت ما يصرفه عنهم ، ولم يثبت .

والله أعلم وهو ولي التوفيق<sup>(٢)</sup>

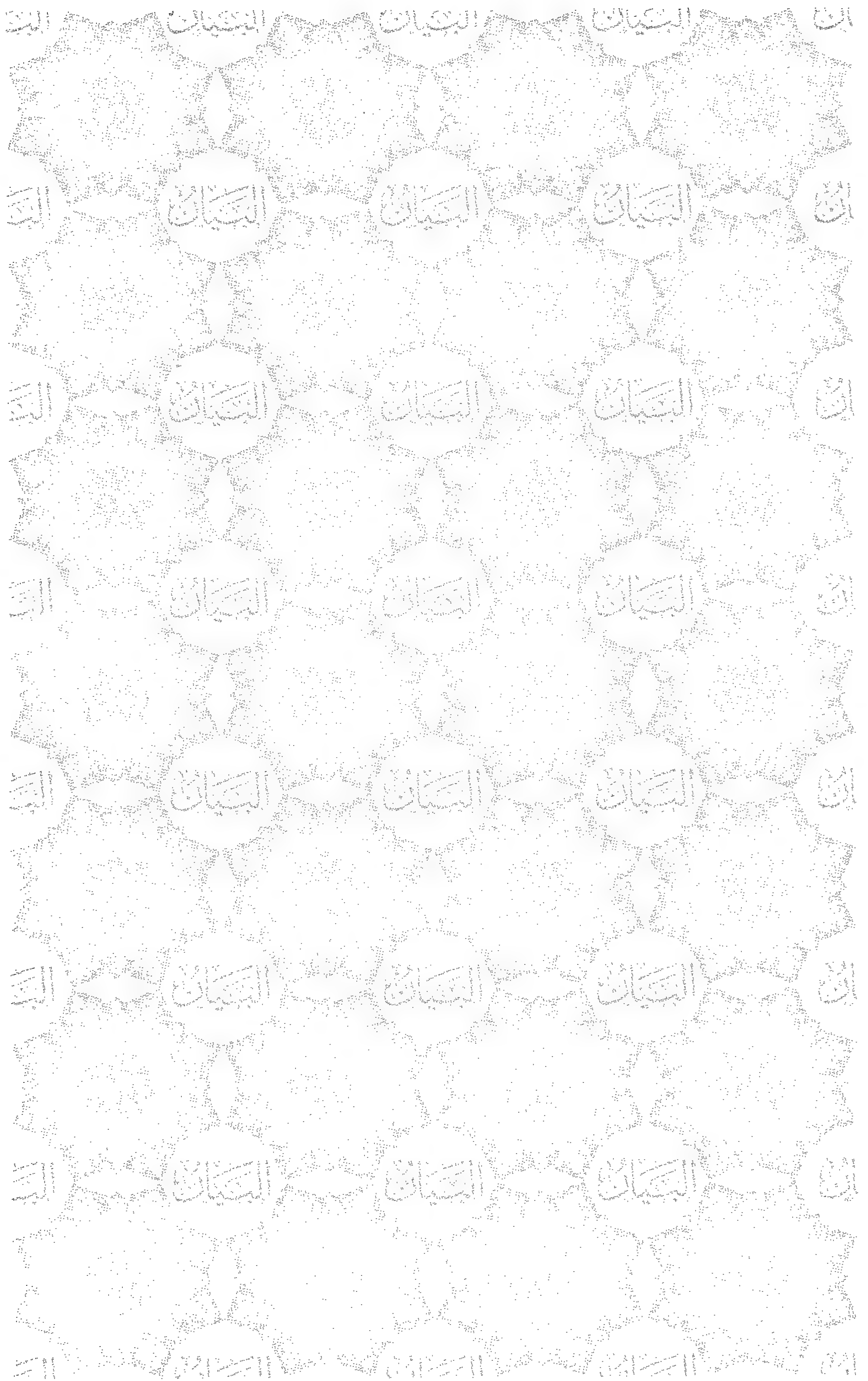
\* \* \*

(١) في ( م ) : ( تصح ) .

(٢) في هامش نسخة : ( وجدت هنا في الأصل ، قال المصنف رحمه الله تعالى : انتهى الجزء الرابع ويتلوه في أول الجزء الخامس ( كتاب العتق ) والحمد لله حق حمده حمداً كثيراً طيباً مباركاً فيه ومباركاً عليه ، كما يحب ربنا ويرضى ، وصلواته على سيدنا محمد النبي وعلى آله وأصحابه وسلم تسليماً كثيراً دائماً موفوراً ) .

# کتاب العیق





## كتاب العتق (١)

الأصلُ في السَّقِّ : قوله تعالى : ﴿ وَإِذْ تَقُولُ لِلَّذِي أَنْعَمَ اللَّهُ عَلَيْهِ وَأَنْعَمْتَ عَلَيْهِ ﴾

[الأحزاب : ٣٧] .

قال أهلُ التفسيرِ : أنعمَ اللهُ عليه بالإسلام ، وأنعمتَ عليه بالعتق .

وقوله تعالى : ﴿ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ ﴾ [النساء : ٩٢] في مواضع من القرآن .

وروى واثلة بن الأسقع قال : أتينا النبي ﷺ في صاحبٍ لنا أوجبَ النارَ بالقتلِ ،

فقال : « أَعْتَقُوا عَنْهُ رَقَبَةً يُعْتِقَ اللَّهُ بِكُلِّ عَضْوٍ مِنْهَا عَضْوًا مِنْهُ مِنَ النَّارِ » (٢) .

(١) العتق لغة - مأخوذ من قولهم عتق الفرج - : إذا طار واستقل ، وعتق الفرس : إذا سبق ونجا ، ويطلق على : النجاة والشرف والحرية والخروج من الرق . وشرعاً : إزالة ملك عن آدمي لا إلى مالك تقريباً إلى الله تبارك وتعالى .

وقد شرعه الدين القويم وحثَّ على فعله قال تعالى : ﴿ فَكُ رَقَبَةً ﴾ [البلد : ١٣] . والإسلام لم يرغب في الرق ، وإنما رغب في العتق ، وإنما أجاز بعض صوره في الأصل مجازاة للكافرين ومعاملة لهم بالمثل ، ومع هذا فقد جعل الإسلام سبلاً من أعمال البر لحرية الأرقاء . وسيأتي بيانها في محالها .

وأركان العتق ثلاثة : معتق ، وعتيق ، وصيغة .

(٢) أخرجه عن واثلة بن الأسقع رضي الله عنه أحمد في « المسند » ( ٤٩٠ / ٣ - ٤٩١ ) ، وأبو داود ( ٣٩٤٦ ) ، والنسائي في « الكبرى » ( ٤٨٩٢ ) ، وابن حبان في « الإحسان » ( ٤٣٠٧ ) ، والطبراني في « الكبير » ( ٢١٨ / ٢٢ ) وإلى ( ٢٢١ ) ، والحاكم في « المستدرک » ( ٢١٢ / ٢ ) ، والبيهقي في « السنن الكبرى » ( ١٣٢ / ٨ - ١٣٣ ) في العتق بإسناد صحيح .

وجاء في هامش نسخة : ( خصت الرقبة بالذكر دون سائر الأعضاء ؛ لأن ملك السيد للعبد كالحبل في رقبة العبد كالغل ، هو محبوس به كما تحبس الدابة بحبل في عنقها ، فإذا أعتق . فكأنه أطلق من ذلك . من « شرح التنبيه » لابن الرفعة ) .

وقال ﷺ : « أَوْلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ » <sup>(١)</sup> .

وأجمعت الأمة على صحة العتق وحصول القرية به <sup>(٢)</sup> .

ولا يصح العتق إلا ممن يصح تصرفه في المال ، كما قلنا في الهبة .

فإن أعتق الموقوف عليه العبد الموقوف . . لم يصح عتقه ؛ لأنه لا يملكه ملكاً تاماً .

وإن أعتق في مرض موته عبداً له وعليه دين يستغرق تركته . . لم يصح ؛ لأن عتقه وصية ، والدين مقدم على الوصية .

وإن أعتق عبداً جانياً . . فهو كما لو أعتق عبداً مرهوناً ، وقد مضى بيانه .

إذا ثبت هذا : فإن العتق يقع بالصريح من غير نية ، وبالكناية مع النية .

و(الصريح) : العتق والحرية ؛ لأنه ثبت لهما عرف الشرع واللغة .

و(الكناية) : مثل قوله : خلّيتك ، وسيّبتك ، وحبلّك على غاربك ، ولا سبيل

لي عليك ، ولا سلطان لي عليك ، وأنت لله ، وأنت طالق ؛ لأنه يحتمل العتق وغيره ، فوقع به العتق مع النية .

فإن قال لأمتي : أنت عليّ كظهر أمي ونوى به العتق . . ففيه وجهان :

أحدهما : تعتق ؛ لأنه يوجب تحرير الزوجة ، فأشبهه الطلاق .

والثاني : لا تعتق ؛ لأنه لا يزيل الملك عن الزوجة ، فهو كالإيلاء .

وإن قال : فككت رقبتك . . ففيه وجهان :

(١) طرف حديث أخرجه من طرق عن عائشة أم المؤمنين مالك في « الموطأ » ( ٧٨٠ / ٢ ) ، والشافعي في « ترتيب المسند » ( ٢٢٩ / ٢ ) ، وأحمد في « المسند » ( ٥٤٢ / ٦ ) ، والبخاري ( ١٤٩٣ ) في الزكاة ، ومسلم ( ١٥٠٤ ) ، وأبو داود ( ٣٩٢٩ ) في العتق ، والترمذي بنحوه ( ١٢٥٦ ) ، والنسائي في « الصغرى » ( ٤٦٤٣ ) في البيوع وفي « الكبرى » ( ٥٠١٧ ) ، وابن ماجه ( ٢٥٢١ ) في العتق .

(٢) قال ابن المنذر في « الإجماع » ( ٧٢٨ ) : أجمع أهل العلم على أن الرجل إذا أعتق عبداً له في صحته وهو موسر . . أن عتقه ماض عليه .

أحدهما : أنه صريح في العتق ؛ لقوله تعالى : ﴿ فَكَرَبَةٍ ﴾ [البلد : ١٣] .

والثاني : يحتمل أنه كناية في العتق ؛ لأنه يُستعمل في العتق وغيره .

**مسألة :** [عتق أحد الشريكين نصيبه] :

وإن كان عبدٌ بينَ نفسين ، فأعتق أحدهما نصيبه فيه ، فإن كان معسراً بقيمة باقيه . . .  
عتق نصيبه ورق نصيب شريكه .

وإن كان موسراً بقيمة نصيب شريكه ، بحيث يملك قيمة نصيب شريكه فاضلاً عن قوت يومه . . . سرى عتقه إلى نصيب شريكه ، وعتق عليه ، وقوّم عليه نصيب شريكه .

هذا مذهبنا .

وقال أبو حنيفة : ( لا يسري ، وإنما يستحق إعتاق نصيب الشريك . وإن كان المعتق معسراً . . . كان المالك للنصيب مخيراً بين شيئين : بين أن يعتق نصيب نفسه ويكون الولاء بينه وبين شريكه ، وبين أن يستسعي العبد في قيمة نصيبه ، فإذا أداه . . . عتق عليه ، وكان الولاء بينه وبين شريكه .

وإن كان المعتق موسراً . . . كان شريكه مخيراً بين ثلاثة أشياء : بين أن يعتق نصيبه ، وبين أن يستسعي العبد في قيمة نصيبه ويكون الولاء بينهما في هذين ، وبين أن يضمّن شريكه المعتق قيمة نصيبه ويكون جميع الولاء للشريك المعتق ، ثم يرجع المعتق في سعاية العبد بما غرّمه من قيمته ) .

وقال ابن أبي ليلى ، وابن شبرمة ، والثوري ، وأبو يوسف ، ومحمد : يسري العتق في الحال بكل حال . وإن كان المعتق موسراً . . . غرم قيمة نصيب شريكه . وإن كان معسراً . . . استسعى العبد في قيمة نصيبه .

وقال ربيعة : لا يعتق نصيب الشريك بحالٍ إلا أن يرضى الشريك .

وقال عثمان البتي : لا يعتق نصيب الشريك بحالٍ .

دليلنا : ما روى ابن عمر رضي الله عنهما : أن النبي ﷺ قال : « مَنْ أَعْتَقَ شِرْكَاءَ لَهُ

فِي عَبْدٍ ، فَإِنْ كَانَ مَعَهُ مَا يَبْلُغُ ثَمَنَ الْعَبْدِ . قَوْمٌ عَلَيْهِ قِيَمَةٌ عَدْلٍ ، وَأَعْطَى شُرَكَاءَهُ حِصَصَهُمْ وَإِلَّا . . . فَقَدْ عَتَقَ مِنْهُ مَا عَتَقَ ، وَرَقَّ مِنْهُ مَا رَقَّ » <sup>(١)</sup> .

فرعٌ : [العبد المسلم بين مسلم وكافر] :

وإن كان العبدُ المسلمُ مشتركاً بينَ كافرين ، أو بينَ مسلمٍ وكافرٍ : فأعتقَ الكافرُ نصيبَهُ فيه . . . عتقَ نصيبَهُ . فإن كانَ موسراً بقيمةَ نصيبِ شريكه . . . فهل يَقُومُ عليه ؟  
 مِنْ أَصْحَابِنَا مَنْ قَالَ : فِيهِ قَوْلَانِ بِنَاءً عَلَى أَنَّ شِرَاءَ الْكَافِرِ لِلْمُسْلِمِ هَلْ يَصَحُّ ؟  
 فَإِنْ قُلْنَا : لَا يَصَحُّ . . . لَمْ يَقُومْ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ التَّقْوِيمَ يُوْجِبُ الْمِلْكَ .  
 وَإِنْ قُلْنَا : يَصَحُّ شِرَاؤُهُ . . . قَوْمٌ عَلَيْهِ نَصِيبُ شَرِيكِهِ .

وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ : يَقُومُ عَلَيْهِ هَاهُنَا قَوْلًا وَاحِدًا ، وَهُوَ الْمَنْصُوصُ ؛ لِأَنَّهُ تَقْوِيمٌ مُتَلَفٍ فَاسْتَوَى فِيهِ الْمُسْلِمُ وَالْكَافِرُ فِي الْإِتْلَافِ . وَلِأَنَّ الْمَقْصُودَ هَاهُنَا تَكْمِيلُ الْأَحْكَامِ لَا الْمِلْكَ ، بِخِلَافِ الشِّرَاءِ .

فرعٌ : [وقت عتق نصيب الشريك] :

وَمَتَى يُعْتَقُ نَصِيبُ الشَّرِيكِ ؟ فِيهِ ثَلَاثَةُ أَقْوَالٍ :

أَحَدُهَا : يُعْتَقُ بِنَفْسِ اللَّفْظِ ، وَهُوَ الصَّحِيحُ ؛ لِمَا رَوَى أَبُو عَمْرٍ : أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ

(١) أَخْرَجَهُ عَنْ ابْنِ عَمْرٍ مِنْ طَرَقٍ وَبِالْفَافِظِ مُتَقَارِبَةً مَالِكٌ فِي « الْمَوْطَأِ » ( ٧٧٢ / ٢ ) ، وَالشَّافِعِيُّ فِي « تَرْتِيبِ الْمَسْنَدِ » ( ٢١٧ / ٢ ) وَ ( ٢١٨ ) فِي الْعَتَقِ ، وَابْنُ خَالٍ ( ٢٤٩١ ) فِي الشَّرِكَةِ وَ ( ٢٥٢٢ ) ، وَمُسْلِمٌ ( ١٥٠١ ) ، وَأَبُو دَاوُدَ ( ٣٩٤٠ ) فِي الْعَتَقِ ، وَالتِّرْمِذِيُّ ( ١٣٤٦ ) وَ ( ١٣٤٧ ) فِي الْأَحْكَامِ ، وَالنَّسَائِيُّ فِي « الْكِبَرِيِّ » ( ٤٩٤٦ ) وَ ( ٤٩٤٧ ) فِي الْعَتَقِ وَفِي « الصَّغَرِيِّ » ( ٤٦٩٨ ) وَ ( ٤٦٩٩ ) فِي الْبَيُوعِ ، وَابْنُ مَاجَهَ ( ٢٥٢٨ ) ، وَابْنُ الْجَارُودِ فِي « الْمُنْتَقَى » ( ٩٧٠ ) ، وَابْنُ أَبِي شَيْبَةَ فِي « السَّنَنِ الْكِبَرِيِّ » ( ٢٧٤ / ١٠ وَ ٢٧٥ وَ ٢٧٧ ) فِي الْعَتَقِ . قَالَ التِّرْمِذِيُّ عَنْ كِلَيْهِمَا : حَسَنٌ صَحِيحٌ . قَالَ الْبُخَارِيُّ : لَا أُدْرِي قَوْلُهُ : ( عَتَقَ مِنْهُ مَا عَتَقَ ) قَوْلٌ مِنْ نَافِعٍ أَوْ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ . وَكَذَلِكَ لَمْ نَرِ قَوْلَهُ : ( وَرَقَّ مِنْهُ مَا رَقَّ ) . وَمِنْ أَلْفَاظِهِ : « مَنْ أَعْتَقَ نَصِيبًا أَوْ قَالَ شَقْصًا » وَ : « مَنْ كَانَ لَهُ شَرِكَةٌ فِي عَبْدٍ » . وَ : « أَيُّمَا عَبْدٍ كَانَ بَيْنَ اثْنَيْنِ فَأَعْتَقَ أَحَدَهُمَا . . . »

قِيَمَةُ عَدْلٍ - بِالْفَتْحِ - : أَيُّ ثَمَنًا مُعْتَدَلًا لَا زِيَادَةَ فِيهِ وَلَا نَقْصَانًا .



قال : « مَنْ أَعْتَقَ شِرْكَاءَ لَهُ فِي عَبْدٍ وَلَهُ مَالٌ يَبْلُغُ ثَمَنَهُ . . فَهُوَ عَتِيقٌ » .

ولأنَّ قَدْرَ القيمةِ معتبرٌ بحالِ العتقِ ، فثبت أنَّ العتقَ قد نفذَ في تلكِ الحالِ .

والثاني : أَنَّهُ لَا يُعْتَقُ إِلَّا بِدَفْعِ القيمةِ ؛ لِمَا رَوَى أَبُو هُرَيْرَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « إِذَا كَانَ الْعَبْدُ بَيْنَ اثْنَيْنِ فَأَعْتَقَ أَحَدُهُمَا نَصِيبَهُ ، فَإِنْ كَانَ مُوسِرًا . . قَوْمَ عَلَيْهِ لَا وَكُسَ وَلَا شَطَطَ ، ثُمَّ يَعْتَقُ » <sup>(١)</sup>

و (الْوَكُسُ) : النقصانُ . و (الشَّطَطُ) : الزيادةُ .

وروي : أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « مَنْ أَعْتَقَ شِرْكَاءَ لَهُ فِي عَبْدٍ . . فَعَلَيْهِ خَلَاصُهُ إِنْ كَانَ لَهُ مَالٌ » <sup>(٢)</sup> فثبت أَنَّهُ باقٍ على الرقِّ .

والثالثُ : أَنَّهُ مُرَاعَى <sup>(٣)</sup> ، فَإِنْ دَفَعَ القيمةَ . . حَكَمْنَا بِأَنَّهُ عَتَقَ بِاللَّفْظِ . وَإِنْ لَمْ يَدْفَعْ القيمةَ . . حَكَمْنَا بِأَنَّهُ لَمْ يُعْتَقْ ؛ لِأَنَّا لَوْ أَعْتَقْنَاهُ بِاللَّفْظِ قَبْلَ دَفْعِ القيمةِ . . أَضَرَرْنَا بِالشَّرِيكِ ، وَلَوْ قُلْنَا : إِنَّهُ باقٍ على الرقِّ . . أَضَرَرْنَا بِالْعَبْدِ فِي إِبْقَاءِ أَحْكَامِ الرِّقِّ عَلَيْهِ ، فَثَبَّتْ أَنَّهُ مَوْقُوفٌ لِيُزُولَ الضَّرَرُ عَنْهُمَا .

فإِذَا قُلْنَا : إِنَّهُ يُعْتَقُ بِنَفْسِ اللَّفْظِ . . صَارَتْ أَحْكَامُهُ أَحْكَامَ الْأَحْرَارِ مِنْ حِينِ الْإِعْتَاقِ ، فَإِنْ مَاتَ لِلْعَبْدِ مَنْ يَرِثُهُ . . وَرِثَتُهُ .  
فإِنْ أُعْسِرَ الْمُعْتَقُ بَعْدَ ذَلِكَ ، أَوْ هَرَبَ ، أَوْ مَاتَ ، وَلَمْ يَخْلُفْ وَفَاءً . . فَقِيْمُهُ نَصِيبُ شَرِيكِهِ فِي ذِمَّتِهِ .

(١) أخرجه عن ابن عمر رضي الله عنهما الشافعي في « ترتيب المسند » ( ٢١٨ / ٢ ) ، وأحمد في « المسند » ( ١١ / ٢ ) ، ومسلم ( ١٦٦٧ ) م ( ٥٠ ) في الأيمان ، وأبو داود ( ٣٩٤٧ ) في العتق .

(٢) أخرجه عن أبي هريرة من طرق البخاري ( ٢٤٩٢ ) في الشركة ، ومسلم ( ١٥٠٣ ) ( ٤ ) ، وأبو داود ( ٣٩٣٥ ) وبنحوه ( ٣٩٣٨ ) في العتق ، والترمذي ( ١٣٤٨ ) في الأحكام ، والنسائي في « الكبرى » ( ٤٩٦٢ ) و ( ٤٩٦٣ ) وغيرها ، وابن ماجه ( ٢٥٢٧ ) ، والبيهقي في « السنن الكبرى » ( ٢٨٠ / ١٠ - ٢٨١ ) في العتق بالفاظ متقاربة . قال الترمذي : حسن صحيح .

(٣) مراعى : قال في « النظم المستعذب » ( ٣ / ٢ ) : من راعيت الأمر ، أي نظرت ما يصير إليه .

وهل عَتَقَ جميعُهُ باللفظِ في حالةٍ واحدةٍ ؟ فيه وجهانِ حكاهُما الطبريُّ :  
أحدهما : أنَّ عَتَقَ جميعه وقعَ في حالةٍ واحدةٍ ؛ لأنَّ الجميعَ صارَ كأنَّه له ، فعَتَقَ  
جميعُهُ باللفظِ .

والثاني - وهو الأصحُّ - : أنَّ العتقَ وَقَعَ في نصيبِ المعتقِ أَوَّلًا ، ثمَّ يسري إلى  
نصيبِ شريكه ؛ لأنَّه لا يملكُ نصيبَ شريكه ، فلم يقعَ عتقُهُ فيه مباشرةً .  
وإذا طالبَ الشريكُ بقيمةِ نصيبه . . أُجبرَ المُعتقُ على الدفعِ . وإنَّ بذلَ المعتقِ  
القيمةَ ، فامتنعَ الشريكُ مِنْ أخذها . . قبضَها الحاكمُ له ، وليسَ للعبدِ المعتقِ المطالبةُ  
بالدفعِ ولا بالقبضِ ؛ لأنَّ عتقَهُ غيرُ موقوفٍ على ذلكِ .

وأما إذا قلنا : إنَّ العتقَ لا يقعُ إلا بدفعِ القيمةِ ، فإنَّ طلبَ الشريكِ القيمةَ . . وَجِبَ  
على المعتقِ دفعُها ، فإنَّ بذلَها المُعتقُ . . وَجِبَ على الشريكِ قبضُها ، فإنَّ امتنعَ مِنْ  
قبضِها . . . قبضَها الحاكمُ له وعتقَ العبدُ . وإنَّ امتنعَ المعتقُ والشريكُ . . فللعبدِ أنْ  
يطالبَهُما بذلكِ ليصلَ إلى حقِّه مِنَ العتقِ ، فإنَّ لم يطالبِ العبدُ . . فللحاكمِ أنْ يطالبَ  
المُعتقَ بالدفعِ والشريكَ بالقبضِ ، فإنَّ امتنعا . . أخذَ الحاكمُ القيمةَ مِنَ المعتقِ  
للشريكِ ، وعتقَ العبدُ ؛ لما في العتقِ مِنْ حقِّ الله تعالى .

فإنَّ باعَ الشريكُ نصيبَهُ مِنَ العبدِ أو وهبَهُ قَبْلَ أنْ يدفعَ المعتقُ القيمةَ إليه . . لم يصحَّ  
بيعُهُ ولا هبُهُ ؛ لأنَّ في ذلكِ إبطالَ ما ثبتَ للعبدِ مِنَ الحرِّيَّةِ .  
وإنَّ أعتقَ نصيبَهُ . . ففيه وجهانِ :

أحدهما - وهو قولُ أبي حنيفةَ وأبي عليٍّ بنِ أبي هريرة - : ( أنَّه يعتقُ ؛ لأنَّ العتقَ  
صادفَ ملكَهُ ويحصلُ العتقُ للعبدِ ) .

والثاني : لا يعتقُ ، وهو الأصحُّ ؛ لأنَّ ذلكَ يبطلُ ما ثبتَ للمعتقِ مِنَ الولاءِ .  
وإنَّ ماتَ للعبدِ مَنْ يرثُهُ قَبْلَ دفعِ القيمةِ ، أو شهدَ ، أو جُنِيَ ، أو جُنِيَ عليه . .  
فحكمُهُ في ذلكِ حكمُ العبيدِ ؛ لأنَّه باقٍ على الرقِّ .

وإنَّ ماتَ العبدُ قَبْلَ دفعِ القيمةِ . . فهل للشريكِ أنْ يطالبَ المعتقَ بالقيمةِ ؟ على هذا  
القولِ فيه وجهانِ :

أحدهما : له ذلك ؛ لأنَّ القيمةَ وَجِبَتْ عَلَى الْمُعْتَقِ بِالْعَتَقِ ، فَلَا تَسْقُطُ بِمَوْتِ الْعَبْدِ .

والثاني : لا يَجِبُ عَلَيْهِ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ الْقِيَمَةَ إِنَّمَا وَجِبَتْ عَلَيْهِ لِتَكْمِيلِ أَحْكَامِ الْعَبْدِ ، وَلِيَحْصَلَ لِلْمُعْتَقِ الْوَلَاءُ عَلَيْهِ ، وَهَذَا لَا يَوْجَدُ فِي حَقِّهِ بَعْدَ مَوْتِهِ .  
وعلى القولِ الْأَوَّلِ : لَهُ مَطَالِبَتُهُ بَعْدَ مَوْتِ الْعَبْدِ قَوْلًا<sup>(١)</sup> وَاحِدًا ؛ لِأَنَّهُ مَاتَ حُرًّا .

فِرْعُ : [استيلاد الجارية من أحد الشريكين] :

وإنْ كَانَتْ جَارِيَةٌ بَيْنَ اثْنَيْنِ فَاسْتَوْلَدَهَا أَحَدُهُمَا . . ثَبَتَ لَهَا حَرَمَةُ الْاِسْتِيلَادِ فِي نَصِيبِهِ . فَإِنْ كَانَ مُوسِرًا بِقِيَمَةِ نَصِيبِ شَرِيكِهِ . . قَوِّمَ عَلَيْهِ . وَمَتَى يَثْبُتُ لَهَا حَرَمَةُ الْاِسْتِيلَادِ ؟ فِيهِ طَرِيقَانِ حَكَاهُمَا الطَّبْرِيُّ فِي « الْعُدَّة » .

وَمِنْ أَصْحَابِنَا مَنْ قَالَ : هِيَ عَلَى الْأَقْوَالِ الثَّلَاثَةِ فِي الْعَتَقِ .

وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ : إِنْ قُلْنَا فِي الْعَتَقِ : يَسْرِي بِنَفْسِ اللَّفْظِ . . فَهَاهُنَا ثَبُتُ لَهَا حَرَمَةُ الْاِسْتِيلَادِ بِالْإِحْبَالِ . وَإِنْ قُلْنَا فِي الْعَتَقِ : لَا يَسْرِي إِلَّا بِدَفْعِ الْقِيَمَةِ . . فَفِي الْإِحْبَالِ وَجْهَانِ :

أحدهما : لَا تَثْبُتُ لَهَا حَرَمَةُ الْاِسْتِيلَادِ فِي نَصِيبِ شَرِيكِهِ إِلَّا بِدَفْعِ الْقِيَمَةِ ، كَالْإِعْتَاقِ .

والثاني : تَثْبُتُ بِالْإِحْبَالِ ؛ لِأَنَّهُ أَقْوَى مِنَ الْعَتَقِ ، بِدَلِيلٍ : أَنَّ الْعَتَقَ لَا يَصْحُ مِنْ السَّفِيهِ وَالْمَجْنُونِ ، وَالْإِحْبَالُ يَصْحُ مِنْهُمَا .

وَأَمَّا إِذَا اسْتَوْلَدَهَا الشَّرِيكَانِ مَعًا ، مِثْلُ : أَنَّ كَانَا مُعْسِرَيْنِ فَاسْتَوْلَدَهَا أَحَدُهُمَا ، ثُمَّ اسْتَوْلَدَهَا الثَّانِي . . فَإِنَّهَا تَصِيرُ أُمًّا وَلِدَ لَهَا . فَلَوْ أَعْتَقَ أَحَدُهُمَا نَصِيبَهُ مِنْهَا بَعْدَ مَا أُيسِرَ . . فَهَلْ يَقَوِّمُ عَلَيْهِ نَصِيبُ شَرِيكِهِ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ :

(١) فِي ( م ) : ( وَجْهًا ) .

أحدهما : يَقَوْمُ عَلَيْهِ ؛ لأنها تعتق بالإعتاق .  
والثاني : لا يَقَوْمُ عَلَيْهِ ؛ لأنَّ أُمَّ الْوَلَدِ لَا تُمْلِكُ .

فرعٌ : [يدخل نصيب الشريك بالملك في التقويم] :  
كلُّ موضعٍ قَوْمٌ عَلَى الْمُعْتَقِ نَصِيبُ شَرِيكِهِ . . فَإِنَّهُ يَحْكُمُ بِدُخُولِ مَلِكٍ نَصِيبِ  
الشَّرِيكِ فِي مَلِكِ الْمُعْتَقِ . ومتى يملكه ؟ فيه وجهان :  
[أحدهما] : قَالَ أَبُو إِسْحَاقَ : يملكه ويعتق عليه في حالة واحدة .  
و[الثاني] : مِنْ أَصْحَابِنَا مَنْ قَالَ : يملكه ثُمَّ يَعْتَقُ عَلَيْهِ ، وَهَكَذَا إِذَا اشْتَرَى مَنْ  
يَعْتَقُ عَلَيْهِ . . فَإِنَّهُ يملكه ، وفي وقتٍ يملكه الوجهان .

مسألةٌ : [اختلاف الشريكين في قيمة العبد المعتق] :  
إِذَا اخْتَلَفَ الشَّرِيكَانِ فِي قِيَمَةِ الْعَبْدِ الْمُعْتَقِ ، فَأَدَّعَى الشَّرِيكُ أَنَّ قِيَمَتَهُ أَلْفَانِ ، وَقَالَ  
الْمُعْتَقُ : بَلْ قِيَمَتُهُ أَلْفٌ . . فَلَا خِلَافَ أَنَّ قِيَمَتَهُ تُعْتَبَرُ حَالِ الْإِعْتَاقِ ؛ لِأَنَّهُ وَقْتُ  
الْإِتْلَافِ .

فَإِنْ كَانَ الْاِخْتِلَافُ عَقِيبَ الْإِعْتَاقِ أَوْ بَعْدَهُ بِزَمَانٍ وَلَمْ تَخْتَلَفْ قِيَمَتُهُ مِنْ حِينِ الْإِعْتَاقِ  
إِلَى حِينِ التَّقْوِيمِ . . رَجَعَ فِيهِ إِلَى مَقْوَمَيْنِ .  
وَإِنْ كَانَ الْعَبْدُ قَدْ مَاتَ ، أَوْ غَابَ ، أَوْ تَأَخَّرَ تَقْوِيمُهُ زَمَانًا تَخْتَلَفُ فِيهِ قِيَمَتُهُ ، وَلَا بَيِّنَةٌ  
عَلَى قِيَمَتِهِ وَقْتُ الْإِعْتَاقِ . . فَمِنْ الْقَوْلِ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ ؟ فِيهِ قَوْلَانِ ، وَاخْتَلَفَ أَصْحَابُنَا  
فِي مَأْخِذِ الْقَوْلَيْنِ :

فَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ : أَصْلُهُمَا الْقَوْلَانِ فِي وَقْتِ السَّرَايَةِ :  
فَإِنْ قُلْنَا : إِنَّ السَّرَايَةَ وَقَعَتْ بِنَفْسِ اللَّفْظِ . . فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُعْتَقِ مَعَ يَمِينِهِ ؛ لِأَنَّهُ  
غَارِمٌ ، فَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهُ فِي قِيَمَةِ مَا أَتْلَفَهُ ، كَالْمُتْلَفِ .  
وَإِنْ قُلْنَا : إِنَّ السَّرَايَةَ لَا تَقَعُ إِلَّا بِدَفْعِ الْقِيَمَةِ . . فَالْقَوْلُ قَوْلُ الشَّرِيكِ مَعَ يَمِينِهِ ؛ لِأَنَّ

مِلْكُهُ ثَابِتٌ عَلَى نَصِيْبِهِ ، فَلَا يُنْتَزَعُ مِنْهُ إِلَّا بِمَا يَقْرَأُ بِهِ ، كَمَا لَوْ اٰخْتَلَفَ الشَّفِيعُ وَالْمَشْتَرِي فِي الثَّمَنِ .

وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ : أَصْلُهُمَا : الْقَوْلَانِ فِيمَنْ اشْتَرَى عَبْدَيْنِ فَتَلَفَ <sup>(١)</sup> أَحَدُهُمَا وَوَجَدَ بِالْآخَرِ عَيْبًا ، وَقُلْنَا : لَهُ رَدُّهُ ، فَأَخْتَلَفَا فِي قِيَمَةِ التَّالِفِ ، وَفِيهِ قَوْلَانِ :

أَحَدُهُمَا : الْقَوْلُ قَوْلُ الْمَشْتَرِي ؛ لِأَنَّهُ كَالْغَارِمِ . فَعَلَى هَذَا : الْقَوْلُ قَوْلُ الْمَعْتِقِ .

وَالثَّانِي : الْقَوْلُ قَوْلُ الْبَائِعِ ؛ لِأَنَّ مِلْكَهُ ثَابِتٌ عَلَى الثَّمَنِ ، فَلَا يُنْتَزَعُ مِنْهُ إِلَّا بِمَا يَقْرَأُ بِهِ . فَعَلَى هَذَا : الْقَوْلُ قَوْلُ الشَّرِيكِ .

قَالَ الطَّبْرِيُّ : وَحَكَى الشَّيْخُ أَبُو حَامِدٍ عَنِ الرَّبِيعِ : أَنَّهُ قَالَ : فِيهَا قَوْلٌ آخَرُ : أَنََّّهُمَا يَتَحَالَفَانِ . قَالَ : وَهَذَا مِنْ تَخْرِيجِ الرَّبِيعِ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بَيْنَهُمَا عَقْدٌ يَنْفَسَخُ بِالتَّحَالِفِ ، وَلَآنَا لَوْ حَلَفْنَاهُمَا . . لاحتجنا إِلَى الرَّجُوعِ إِلَى الْقِيَمَةِ ، فَلَا يَفِيدُ التَّحَالِفُ شَيْئًا .

وَالطَّرِيقُ الْأَوَّلُ هُوَ الْمَشْهُورُ .

وَإِنْ أَدَّعَى الشَّرِيكَ زِيَادَةَ صِنْعَةٍ فِي الْعَبْدِ تَزِيدُ بِهَا قِيَمَتُهُ ، فَإِنْ كَانَ الْعَبْدُ غَائِبًا ، أَوْ مَيِّتًا ، وَلَا بَيِّنَةٌ لِلشَّرِيكِ ، فَأَنْكَرَهَا الْمَعْتِقُ . . ففِيهِ طَرِيقَانِ :

مِنْ أَصْحَابِنَا مَنْ قَالَ : فِيهِ قَوْلَانِ :

أَحَدُهُمَا : الْقَوْلُ قَوْلُ الْمَعْتِقِ .

وَالثَّانِي : الْقَوْلُ قَوْلُ الشَّرِيكِ .

وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ : الْقَوْلُ قَوْلُ الْمَعْتِقِ قَوْلًا وَاحِدًا ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ الصَّنْعَةِ .

وَإِنْ كَانَ الْعَبْدُ حَاضِرًا ، فَإِنْ كَانَ يُحْسِنُ الصَّنْعَةَ الَّتِي أَدَّعَاهَا الشَّرِيكَ ، فَإِنْ لَمْ يَمْضِ مِنْ حِينِ الْعَتَقِ زَمَانٌ يُمْكِنُ فِيهِ تَعَلُّمُ تِلْكَ الصَّنْعَةِ . . فَالْقَوْلُ قَوْلُ الشَّرِيكِ ؛ لِأَنَّا عَلِمْنَا صِدْقَهُ . وَإِنْ كَانَ قَدْ مَضَى زَمَانٌ يُمْكِنُ فِيهِ تَعَلُّمُ تِلْكَ الصَّنْعَةِ . . فَعَلَى الطَّرِيقَيْنِ .

وَإِنْ قَالَ الْمَعْتِقُ : كَانَ سَارِقًا ، أَوْ أَبْقَا ، وَأَنْكَرَ الشَّرِيكَ ، وَلَا بَيِّنَةٌ لِلْمَعْتِقِ . . فَعَلَى

طَرِيقَيْنِ :

(١) فِي ( م ) : ( فَهْلَكَ ) .



[الأول] : مِنْ أَصْحَابِنَا مَنْ قَالَ : فِيهِ قَوْلَانِ .

[الثاني] : مِنْهُمْ مَنْ قَالَ : الْقَوْلُ قَوْلُ الشَّرِيكِ قَوْلًا وَاحِدًا ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ ذَلِكَ .

فرعٌ : [وجود دين مستغرق على المعتق] :

إذا أعتق أحدُ الشريكين نصيبَهُ مِنَ الْعَبْدِ وَهُوَ يَمْلِكُ مِنَ الْمَالِ قَدْرَ قِيَمَةِ نَصِيبِ شَرِيكِهِ إِلَّا أَنَّ عَلَيْهِ دِينَاً يَسْتَغْرِقُ ذَلِكَ . . فهل يَقُومُ عَلَيْهِ نَصِيبُ شَرِيكِهِ ؟ فِيهِ قَوْلَانِ بِنَاءً عَلَى أَنَّ الدِّينَ : هل يَمْنَعُ وجوبُ الزَّكَاةِ ؟

فرعٌ : [تعليق الشريكين على شرط واحد] :

إذا قَالَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ فِي الْعَبْدِ : إِذَا دَخَلْتَ الدَّارَ الْفُلَانِيَّةَ فَأَنْتَ حُرٌّ ، ثُمَّ قَالَ لَهُ الْآخَرُ : إِذَا دَخَلْتَهَا فَأَنْتَ حُرٌّ ، فَدَخَلَهَا . . عَتَقَ عَلَيْهِمَا ، وَلَمْ يَقُومْ نَصِيبُ أَحَدِهِمَا عَلَى الْآخَرِ ؛ لِأَنَّهُ عَتَقَ عَلَيْهِمَا فِي حَالَةٍ وَاحِدَةٍ .

وإنْ قَالَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ لِلْآخَرِ : إِذَا أَعْتَقْتَ نَصِيبَكَ مِنَ الْعَبْدِ فَنَصِيبِي مِنْهُ حُرٌّ ، فَأَعْتَقَ الْآخَرُ نَصِيبَهُ . . عَتَقَ نَصِيبَهُ عَلَيْهِ ، وَقُومَ عَلَيْهِ نَصِيبُ شَرِيكِهِ إِنْ كَانَ مُوسِرًا ؛ لِأَنَّ عَتَقَ نَصِيبِ الْمُبَاشِرِ سَبَقَ ، فَاسْتَحَقَّتْ بِهِ السَّرَايَةُ ، فَمَنَعَتْ وَقُوعَ عَتَقِ الشَّرِيكِ الْمَعْلُوقِ عَتَقَ نَصِيبِهِ بِصِفَةٍ .

وإنْ قَالَ : إِذَا أَعْتَقْتَ نَصِيبَكَ فَنَصِيبِي حُرٌّ فِي حَالِ عَتَقِ نَصِيبِكَ ، فَأَعْتَقَ الْآخَرُ نَصِيبَهُ . . عَتَقَ عَلَيْهِ نَصِيبَهُ . وهل يَقُومُ عَلَيْهِ نَصِيبُ شَرِيكِهِ الَّذِي عَلَّقَ عَتَقَهُ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ :

أحدهما : يَقُومُ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ إِعْتَاقَهُ لِنَصِيبِهِ شَرْطٌ فِي عَتَقِ نَصِيبِ شَرِيكِهِ ، وَالشَّرْطُ يَتَقَدَّمُ عَلَى الْمَشْرُوطِ ، فَكَانَ كَالْأُولَى .

والثاني : لَا يَقُومُ عَلَيْهِ ، وَهُوَ اخْتِيَارُ الْقَاضِي أَبِي الطَّيِّبِ ؛ لِأَنَّ الْعَتَقَ وَقَعَ عَلَى النَّصِيبَيْنِ فِي وَقْتٍ وَاحِدٍ .

فرعٌ : [عَلَّقَ أَحَدُهُمَا عَتَقَهُ بِمُدَّةٍ قَبْلَ الْمَوْتِ وَجَعَلَهُ الْآخَرَ حَالاً] :

وَإِنْ قَالَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ فِي الْعَبْدِ : نَصِيبِي مِنْكَ حُرٌّ قَبْلَ مَوْتِي بِشَهْرٍ ، ثُمَّ قَالَ الثَّانِي بَعْدَهُ : نَصِيبِي مِنْكَ حُرٌّ الْآنَ ، ثُمَّ مَاتَ الْأَوَّلُ ، فَإِنْ كَانَ بَيْنَ مَوْتِ الْقَائِلِ الْأَوَّلِ وَبَيْنَ قَوْلِهِ أَقْلُ مِنْ شَهْرٍ . . لَمْ يَعْتَقْ عَلَيْهِ نَصِيبُهُ ؛ لِأَنَّ الْعَتَقَ لَا يَقَعُ قَبْلَ الْإِعْتَاقِ ، وَيَعْتَقُ عَلَى الثَّانِي نَصِيبُهُ حِينَ أَعْتَقَهُ ، فَإِنْ كَانَ مُوسِراً بِقِيَمَةِ نَصِيبِ شَرِيكِهِ . . قُومَ عَلَيْهِ ، وَإِنْ كَانَ مُعْسِراً . . لَمْ يَقُومَ عَلَيْهِ .

وَإِنْ كَانَ بَيْنَ قَوْلِ الثَّانِي وَبَيْنَ مَوْتِ الْأَوَّلِ أَكْثَرُ مِنْ شَهْرٍ . . لَمْ يَعْتَقْ عَلَى الْأَوَّلِ أَيْضاً نَصِيبُهُ إِنْ كَانَ الثَّانِي مُوسِراً بِقِيَمَةِ نَصِيبِ الْأَوَّلِ ؛ لِأَنَّ عَتَقَ الثَّانِي مُقَدِّمٌ عَلَيْهِ ، فَيَعْتَقُ عَلَى الثَّانِي نَصِيبُهُ ، وَيُقُومُ عَلَيْهِ نَصِيبُ الْأَوَّلِ . وَإِنْ كَانَ مُعْسِراً بِهِ . . لَمْ يَقُومَ عَلَيْهِ ، وَعَتَقَ عَلَى الْأَوَّلِ نَصِيبُهُ قَبْلَ مَوْتِهِ بِشَهْرٍ ، فَيَكُونُ الْوَلَاءُ بَيْنَهُمَا .

وَإِنْ كَانَ بَيْنَ قَوْلِ الْأَوَّلِ وَبَيْنَ مَوْتِهِ شَهْرٌ مِنْ غَيْرِ زِيَادَةٍ وَلَا نَقْصَانٍ . . عَتَقَ عَلَيْهِ نَصِيبُهُ لَوْجُودِ الصِّفَةِ قَبْلَ عَتَقِ الثَّانِي ، فَإِنْ كَانَ مُوسِراً بِقِيَمَةِ نَصِيبِ الثَّانِي . . قُومَ عَلَيْهِ ، وَكَانَ جَمِيعُ وَلائِهِ لَهُ ، وَإِنْ كَانَ مُعْسِراً . . عَتَقَ عَلَيْهِ نَصِيبُهُ قَبْلَ مَوْتِهِ بِشَهْرٍ ، وَعَتَقَ عَلَى الثَّانِي نَصِيبُهُ بَعْدَهُ حِينَ أَعْتَقَهُ ، وَكَانَ وَلاؤُهُ بَيْنَهُمَا .

فرعٌ : [تَوَكَّلَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ فِي عَتَقِ نَصِيبِهِ] :

وَإِنْ كَانَ عَبْدٌ بَيْنَ اثْنَيْنِ نَصَفَيْنِ ، فَوَكَّلَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ شَرِيكَهُ فِي عَتَقِ<sup>(١)</sup> نَصِيبِهِ ، فَقَالَ الْوَكِيلُ : نَصْفُكَ حُرٌّ . . رُجِعَ إِلَيْهِ ، فَإِنْ قَالَ : أَرَدْتُ بِهِ نَصِيبِي . . عَتَقَ عَلَيْهِ نَصِيبُهُ ، وَقُومَ عَلَيْهِ نَصِيبُ شَرِيكِهِ إِنْ كَانَ مُوسِراً بِهِ . وَإِنْ قَالَ : أَرَدْتُ بِهِ نَصِيبَ شَرِيكِي . . عَتَقَ نَصِيبُ شَرِيكِهِ ، وَقُومَ نَصِيبُ الْوَكِيلِ عَلَى الْمُوَكَّلِ إِنْ كَانَ الْمُوَكَّلُ مُوسِراً بِهِ .

وَإِنْ أَطْلَقَ ، وَلَمْ يَنْوِ شَيْئاً . . فَفِيهِ وَجْهَانِ : حَكَاهُمَا أَبُو الصَّبَّاحِ :

(١) فِي ( م ) : ( عَيْن ) .

أحدهما : يعتق نصيب الموكّل ، ويقوّم عليه نصيب الوكيل ، ؛ لأنّه أمره بالإعتاق .

والثاني : يعتق نصيب الوكيل ، ويقوّم عليه نصيب الموكّل ؛ لأنّ نصيب نفسه لا يحتاج إلى نيّة ، ونصيب الموكّل يحتاج إلى النيّة ، ولم ينو .

فرعٌ : [له شقصان في عبيد فاعتق أحدهما ثم الآخر ولا مال له] :

قال ابنُ الحَدّاد : إذا كانَ لرجلٍ شقصانِ منَ عبيدٍ ، وقيمتُهُما سواءً ، ولا مالَ له غيرُهُما ، فأعتقَ أحدَ الشَّقَصينِ في صحّته . . عتقَ عليه نصيبُهُ ، وقوّمَ عليه نصيبَ شريكه ؛ لأنّه موسرٌ بقدرِ قيمته - وهوَ : الشَّقَصُ في العبدِ الآخرِ - فإنَّ أعتقَ الشَّقَصَ الآخرَ بعدَ ذلكَ في صحّته . . عتقَ نصيبُهُ فيه ، ولا يقوّمُ عليه نصيبُ شريكه فيه ؛ لأنّه لا مالَ له . ولا يَمنعُ عتقه في الثاني ثبوتُ الدّينِ في ذمّته ؛ لأنّ قيمةَ الأوّلِ لم تتعلّق في رَقبةِ الثاني ، وإنّما هي في ذمّةِ المعتق .

وإنَّ كانَ بينَ اثنينِ عبدٌ يساوي عشرينَ ديناراً ، فقالَ رجلٌ لأحدهما : أعتقَ نصيبَكَ عنيَ علىَ عشرةِ دنانيرَ ، فأعتقه عنه - والسائلُ لا يملكُ غيرَ عشرةِ دنانيرَ - عتقَ نصيبَ المعتقِ عنِ السائلِ .

قالَ ابنُ الحَدّاد : ويعتقُ نصيبُ شريكِ المعتقِ عنِ السائلِ أيضاً ؛ لأنّه واجدٌ لقيمةِ نصيبِهِ - وهيَ العشرةُ - ثمَّ يتضاربُ المعتقُ وشريكُهُ في العشرةِ التي للسائلِ علىَ قدرِ حَقِّهِما لكلِّ واحدٍ منهما نصفُها .

قالَ القاضي أبو الطيّب : وهذا علىَ القولِ المشهور : أنّ نصيبَ الشريكِ يعتقُ بنفسِ اللفظِ . فأما إذا قلنا : إنّهُ لا يعتقُ إلّا بدفعِ القيمةِ . . فإنّه يعتقُ منه بقدرِ ما يؤدّي إليه .

فأما إذا قالَ السائلُ : أعتقَ عنيَ نصيبَكَ منَ هذا العبدِ علىَ هذهِ العشرةِ ، وعيّنَها وأشارَ إليها ، فأعتقه . . عتقَ عنِ السائلِ ، ولمَ يعتقُ نصيبَ الشريكِ ؛ لأنّ العشرةَ قد ملكها المعتقُ ولا مالَ للسائلِ غيرها .

**مسألة :** [عتق بعض العبد عتقاً لكلاً] :

وإن ملك عبداً ، فأعتق بعضه . . سرى العتق إلى باقيه ؛ لأنه موسر به .

وإن كان عبداً بين اثنين نصفين ، فقال أحدهما له : إن كان هذا الطائر غراباً ، فنصيبي منك حرٌّ ، وقال الآخر : إن لم يكن غراباً ، فنصيبي منك حرٌّ ، فطار ولم يُعرف . . قال أبو الحَدَّاد :

فإن كانا معسرين . . فالعبد باقٍ على ملكهما ؛ لأنَّ عتق نصيب أحدهما لم يتعين .

فإن باع أحدهما نصيبه من رجل ، وباع الآخر نصيبه من آخر . . فلكل واحدٍ من المشتريين أن يتصرف فيما اشتراه ؛ لأنَّ كل واحدٍ منهما قائم مقام من اشترى منه .

وإن باعا نصيبيهما من واحد . . قال أبو الحَدَّاد :

عتق على المشتري نصفه ؛ لأنه قد تيقن أنَّ نصفه حرٌّ ، فلا يكون له أن يتصرف في جميعه .

وعلى قياس قول أبي الحَدَّاد : إذا اشترى أحدهما نصيب الآخر . . عتق على المشتري نصفه ؛ لأننا نتيقن أنَّ أحد النصفين حرٌّ بيقين .

وإن كانا موسرين ، فإن قلنا : إنَّ العتق يسري باللفظ . . عتق جميعه ؛ لأنَّ كل واحدٍ منهما يعترف أنَّ عتق شريكه يسري إلى نصيبه . ولا يجب لأحدهما على الآخر شيء ؛ لأنه لا يقبل قوله على صاحبه في استحقاق حق له عليه .

وإن قلنا : لا يسري إلا بأداء القيمة . . لم يعتق العبد ، ولا يجوز لأحدهما بيع نصيبه ولا هبته ؛ لأنه قد استحقَّ عتقه ، وهل يجوز له عتقه ؟ فيه وجهان ، مضى ذكرهما .

وإن كان أحدهما موسراً والآخر معسراً . . عتق نصيب المعسر ؛ لأنَّ قوله يتضمن أنَّ صاحبه حانت في يمينه وأنَّ نصيبه حرٌّ ، فإن كان موسراً . . سرى العتق في نصيبه ، وهذا إذا قلنا : إنَّ السراية تقع باللفظ .

وإن قلنا : لا تقع إلا بدفع القيمة . . لم يعتق نصيب المعسر أيضاً ولكن لا يصح بيعه ولا هبته ، وهل يصح عتقه ؟ على الوجهين .

فرع : [علق أحد الشريكين عتق نصيبه على بيع شريكه شقصه] :

وإن كان عبدٌ بين اثنين ، فقال<sup>(١)</sup> أحدهما : إن بعث نصيبك<sup>(٢)</sup> من العبد فنصيبى حرّ ، وقال الآخر : إن أشرت نصيب شريكي فنصيبى حرّ ، ثم أشرت نصيب شريكه . . فقد حثا جميعاً ، وعتق على كل واحد منهما نصيبه ، ولا يقوم على أحدهما نصيب شريكه ؛ لأن عتقهما وقع في حالة واحدة .

وإن كان لرجل عبدٌ ، فقال : إن بعته فهو حرّ ، وقال الآخر : إن أشرته فهو حرّ ، فأشتراه منه . . عتق على البائع دون المشتري ؛ لأن المشتري عقد الصفة وهو لا يملكه ، فلم يصح ، والبائع عقد الصفة وهو يملكه . فإذا وجد الإيجاب والقبول . . فقد وجدت الصفة ، وهو يملك عتقه لثبوت الخيار بينهما ، فوقع عليه العتق بالصفة . وإن قال لعبد : إذا بعتك بيعاً فاسداً فأنت حرّ ، فباعه بيعاً فاسداً . . قال الطبري : لم يعتق .

وقال المزني : يعتق .

مسألة : [شركاء في عبد أعتق اثنان نصيبهما] :

إذا كان عبدٌ بين ثلاثة أنفس لأحدهم النصف ، ولآخر الثلث ، ولآخر السدس ، فأعتق صاحب النصف وصاحب السدس نصيبهما في حالة واحدة بأن أعتقا وأتفق لفظهما ، أو وكلاً وكلاً فأعتق عنهما بكلمة وهما موسران . . قوم عليهما نصيب شريكهما ، وكيف يقوم عليهما ؟ فيه طريقان ، ومن أصحابنا من قال : فيه قولان : أحدهما : يقوم بينهما نصفين .

(١) في نسخ : ( فقال له ) .

(٢) في نسختين : ( نصيبى ) .



والثاني : يَقُومُ عَلَى قَدْرِ الْمَلَكَيْنِ ، كَالْقَوْلَيْنِ فِي الشُّفْعَاءِ . وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ ؛ لِأَنَّ لَهُ فِيهِ رَوَاتَيْنِ .

وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ : يَقُومُ عَلَيْهِمَا نَصْفَيْنِ قَوْلًا وَاحِدًا . وَهَذِهِ طَرِيقَةُ الشَّيْخِ أَبِي حَامِدٍ وَأَكْثَرِ أَصْحَابِنَا ؛ لِأَنَّ إِعْتَاقَ النَّصِيبِ إِتْلَافٌ لِرُقِّ الْبَاقِي ، فَإِذَا اشْتَرَكَا فِي الْإِتْلَافِ . . . أَسْتَوِيَا<sup>(١)</sup> فِي الضَّمَانِ وَإِنْ اخْتَلَفَا فِي سَبَبِ الْإِتْلَافِ ، كَمَا لَوْ جَرَحَ رَجُلٌ رَجُلًا جِرَاحَةً ، وَجَرَحَهُ آخَرُ جِرَاحَاتٍ وَمَاتَ .

وَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا مُوسِرًا وَالْآخَرُ مَعْسِرًا . . قُومَ نَصِيبُ صَاحِبِ الثُّلُثِ عَلَى الْمُسِرِّ مِنْهُمَا ؛ لِأَنَّ عَتَقَ الْمَعْسِرِ لَا يَسْرِي .

مَسْأَلَةٌ : [أَدْعَى أَحَدَ الشَّرِيكَيْنِ بَعْتَقَهُمَا ، وَأَنْكَرَهُ الْآخَرَ] :

إِذَا قَالَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ فِي الْعَبْدِ : أَعْتَقْتُ أَنَا وَأَنْتَ الْعَبْدَ فِي حَالَةٍ وَاحِدَةٍ ، وَقَالَ الْآخَرُ : أَمَّا أَنَا فَمَا أَعْتَقْتُ نَصِيبِي . . كَانَ الْقَوْلُ قَوْلَ الْمُنْكَرِ مَعَ يَمِينِهِ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ الْإِعْتَاقِ ، فَإِذَا حَلَفَ . . ثَبَتَ أَنَّهُ لَمْ يَعْتَقْ ، وَيَعْتَقُ نَصِيبُ الْمُقَرَّرِ بِإِقْرَارِهِ .  
وَإِنْ كَانَ مَعْسِرًا . . بَقِيَ نَصِيبُ الْحَالِفِ<sup>(٢)</sup> رَقِيقًا .

وَإِنْ كَانَ الْمُقَرَّرُ مُوسِرًا . . قُومَ عَلَيْهِ نَصِيبُ شَرِيكِهِ ، وَعَتَقَ عَلَيْهِ ، وَيَكُونُ وِلَاءُ نَصِيبِ الْمُقَرَّرِ<sup>(٣)</sup> لَهُ ، وَأَمَّا وِلَاءُ نَصِيبِ الْمُنْكَرِ . . فَإِنَّهُ يَكُونُ مَوْقُوفًا بَيْنَهُمَا ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لَا يَدَّعِيهِ وَيَقَرُّ بِهِ لِصَاحِبِهِ .

فَإِنْ مَاتَ الْعَبْدُ الْمَعْتَقُ قَبْلَ مَوْتِ الْمُنْكَرِ وَخَلَّفَ مَالًا . . فَلِلْمُقَرَّرِ أَنْ يَأْخُذَ مِنْ تَرَكْتِهِ قَدْرَ مَا دَفَعَ إِلَى شَرِيكِهِ مِنَ الْقِيَمَةِ ؛ لِأَنَّهُ يَسْتَحِقُّهُ بِكُلِّ حَالٍ ، وَيُوقَفُ الْبَاقِي بَيْنَهُمَا إِلَى أَنْ يَصْطَلِحَا عَلَيْهِ ، أَوْ يَدَّعِيَهُ أَحَدُهُمَا فَيَأْخُذَهُ .

وَإِنْ مَاتَ الْعَبْدُ بَعْدَ مَوْتِ الْمُنْكَرِ . . فَلَيْسَ لِلْمُقَرَّرِ أَنْ يَأْخُذَ مِنْ تَرَكْتِهِ قَدْرَ مَا دَفَعَهُ مِنْ

(١) فِي نَسْخَةٍ : ( اشْتَرَا ) .

(٢) فِي ( م ) : ( الْآخَرُ ) .

(٣) فِي ( م ) : ( الْمَعْسِرُ ) .

الثلثين مادام مقيماً على إقراره الأول ؛ لأنه يقرُّ بمال المعتق لعصبة المنكر ، ويقرُّ أنهم لم يظلموه وإنما ظلمه المنكر .

وإن قال كل واحد منهما : أعتق شريكي نصيبه ، وأنكر كل واحد منهما ، وهما موسيران . . حلف كل واحد منهما أنه لم يعتق نصيبه ؛ لأن الأصل عدم الإعتاق ، وعتق جميع العبد إذا قلنا : تقع السراية باللفظ ؛ لأن كل واحد منهما يقرُّ بعتق نصيبه على شريكه<sup>(١)</sup> ، ويكون الولاء موقوفاً بينهما .

وإن كانا معسرين . . لم يعتق شيء من العبد فإن اشترى أحدهما نصيب شريكه . . عتق عليه ما اشتراه ؛ لأنه مقرُّ بحرئته .

وإن كان أحدهما موسيراً والآخر معسراً . . عتق نصيب المعسر إذا قلنا : تقع السراية باللفظ ؛ لأنه مقرُّ بعتق نصيبه على صاحبه ، ولا يعتق نصيب الموسر ؛ لأن عتق المعسر لا يسري . فأما إذا قلنا : لا يسري العتق إلا بدفع القيمة . . لم يعتق من العبد شيء .

فرع : [عبد بين ثلاثة فشهد اثنان على الثالث بعتق نصيبه] :

وإن كان عبد بين ثلاثة رجال ، فشهد رجلان منهم على الثالث أنه أعتق نصيبه وأنكر ذلك المشهود عليه ، فإن كان المشهود عليه معسراً . . قبلت شهادتهما عليه وعتق نصيبه لا غير ؛ لأنهما لا يجزان بهذه الشهادة إلى أنفسهما نفعا ولا يدفعان عنهما بها ضرراً . وإن كان موسراً . . لم تقبل شهادتهما عليه ؛ لأنهما يجزان بهذه الشهادة إلى أنفسهما نفعا وهو التقويم عليه .

فإن قلنا : تقع السراية باللفظ . . عتق نصيبهما ؛ لأن شهادتهما تضمنت الإقرار به .

وإن قلنا : لا تقع السراية إلا بدفع القيمة . . لم يعتق نصيبهما ، ولا يجوز لهما بيعه ، وهل يجوز لهما عتقه ؟ على وجهين .

(١) في (م) : (صاحبه) .

وللشاهدين أَنْ يُحْلِفَا الْمُنْكَرَ أَنَّهُ لَمْ يَعْتَقْ نَصِيبَهُ ؛ لجوازِ أَنْ يُقَرَّرَ . فَإِنْ نَكَلَ عَنِ اليمينِ . . حَلَفَا وَوَجِبَتْ عَلَيْهِ قِيمَةُ نَصِيبِهِمَا .

**فرعٌ :** [رجوع الشاهدين عن قولهما : أعتق شقصاً] :

وإنْ شَهِدَ شاهِدَانِ عَلَى رَجُلٍ أَنَّهُ أَعْتَقَ شِقْصاً لَهُ مِنْ عَبْدٍ وَهُوَ مُوسِرٌ ، فَقَوِّمَ عَلَيْهِ نَصِيبُ شَرِيكِهِ ، ثُمَّ رَجَعَ الشَّاهِدَانِ . . قَالَ أَبُو الْحَدَّادِ : رَجَعَ الْمُشْهُودُ عَلَيْهِ عَلَى الشَّاهِدَيْنِ بِقِيمَةِ نَصِيبِهِ ، وَلَا يَرْجَعُ عَلَيْهِمَا بِمَا غَرِمَ لِشَرِيكِهِ مِنَ الْقِيمَةِ .

قَالَ الْقَاضِي أَبُو الطَّيِّبِ : أَمَّا نَصِيبُ الْمُشْهُودِ عَلَيْهِ : فَيَرْجَعُ عَلَيْهِمَا بِقِيمَتِهِ ؛ لِأَنَّهُمَا أَتْلَفَاهُ عَلَيْهِ .

وَأَمَّا مَا غَرِمَهُ مِنْ قِيمَةِ نَصِيبِ شَرِيكِهِ . . فَهَلْ يَرْجَعُ عَلَيْهِمَا بِهِ ؟ فِيهِ قَوْلَانِ ، كَمَا لَوْ شَهِدَا عَلَيْهِ بِمَالٍ فِي يَدِهِ أَوْ فِي ذِمَّتِهِ ، ثُمَّ رَجَعَا . . الْمُشْهُورُ : أَنَّهُ لَا يَرْجَعُ عَلَيْهِمَا ، فَأَجَابَ أَبُو الْحَدَّادِ عَلَى الْمُشْهُورِ : قَالَ الْقَاضِي أَبُو الطَّيِّبِ : إِلَّا أَنَّ الصَّحِيحَ عِنْدِي أَنَّهُ يَرْجَعُ عَلَيْهِمَا بِهِ أَيْضاً .

**مسألةٌ :** [أعتق شقصين أحدهما بعد الآخر في مرض موته] :

إِذَا أَعْتَقَ فِي مَرَضٍ مَوْتَهُ شِقْصَيْنِ لَهُ مِنْ عِبْدَيْنِ لَهُ شَرِيكَ فِيهِمَا أَحَدَهُمَا بَعْدَ الْآخَرِ : فَإِنْ أَحْتَمَلَ الثُّلُثُ عَتَقَ الشَّقْصَيْنِ وَتَقْوِيمَ بَاقِيهِمَا . . عَتَقَ عَلَيْهِ الشَّقْصَانِ بِالْمُبَاشَرَةِ ، وَبَاقِي الْعِبْدَيْنِ بِالسَّرَايَةِ وَالتَّقْوِيمِ .

وإنْ لَمْ يَحْتَمَلِ الثُّلُثُ إِلَّا عَتَقَ الْأَوَّلَ وَتَقْوِيمَ بَاقِيهِ . . قَدَّمَ تَقْوِيمَ بَاقِي الْأَوَّلِ عَلَى عَتَقِ الثَّانِي .

فَإِنْ أَحْتَمَلَ الثُّلُثُ عَتَقَ الشَّقْصَ الْأَوَّلَ وَتَقْوِيمَ بَاقِيهِ ، وَالشَّقْصَ الثَّانِي دُونَ تَقْوِيمِ بَاقِيهِ . . عَتَقَ جَمِيعُ الْعَبْدِ الْأَوَّلِ عَلَيْهِ بِالْمُبَاشَرَةِ وَالسَّرَايَةِ ، وَالشَّقْصَ الثَّانِي ، وَلَا يُقَوِّمُ بَاقِي الثَّانِي عَلَيْهِ .

وإنَّمَا قَدَّمْنَا تَقْوِيمَ بَاقِي الْأَوَّلِ عَلَى الشَّقْصِ الثَّانِي ؛ لِأَنَّا إِنِ قُلْنَا : إِنَّ السَّرَايَةَ تَقَعُ

باللفظ . . فقد سَبَقَ عَتَقُ باقِي الْأَوَّلِ . وَإِنْ قُلْنَا : لَا تَقَعُ إِلَّا بِدَفْعِ الْقِيَمَةِ . . فَقَدْ أَسْتَحَقَّ إِعْتَاقَ بَقِيَّتِهِ فِي الثُّلْثِ قَبْلَ الثَّانِي .

وَإِنْ أَعْتَقَ الشَّقَصِينَ فِي حَالَةٍ وَاحِدَةٍ . . عَتَقَ الشَّقَصَانِ وَقَوْمَ باقِي الْعَبْدِينَ عَلَيْهِ إِنْ أَحْتَمَلَهُمَا الثُّلْثُ . وَإِنْ لَمْ يَحْتَمِلِ الثُّلْثُ إِلَّا عَتَقَ الشَّقَصِينَ . . عَتَقَ الشَّقَصَانِ لَا غَيْرَ وَرُقَّ باقِي الْعَبْدِينَ .

وَإِنْ لَمْ يَحْتَمِلِ الثُّلْثُ إِلَّا عَتَقَ أَحَدَ الشَّقَصِينَ . . أَقْرَعَ بَيْنَهُمَا .

وَإِنْ خَرَجَ الشَّقَصَانِ مِنَ الثُّلْثِ وَبَاقِي أَحَدِ الْعَبْدِينَ لَا غَيْرَ . . فَفِيهِ وَجْهَانِ :

قَالَ أَبُو الْحَدَّادِ : عَتَقَ الشَّقَصَانِ ، وَقَسَّمَ الْبَاقِي مِنَ الثُّلْثِ بَيْنَهُمَا ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ أَحَدُهُمَا بِأَوَّلَى مِنَ الْآخَرِ .

وَمِنْ أَصْحَابِنَا مَنْ قَالَ : يَعْتَقُ الشَّقَصَانِ ، ثُمَّ يُقْرَعُ بَيْنَهُمَا فِيمَا بَقِيَ مِنَ الثُّلْثِ بَعْدَ الشَّقَصِينَ ، كَمَا إِذَا أَعْتَقَ عَبْدَيْنِ . . فَخَرَجَ أَحَدُهُمَا مِنَ الثُّلْثِ . وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ .

**مَسْأَلَةٌ :** [يَعْتَبَرُ الثُّلْثُ فِي عَتَقِ عَبْدٍ بِمَرَضٍ مَوْتِهِ] :

إِذَا أَعْتَقَ عَبْدًا لَهُ فِي مَرَضٍ مَوْتِهِ . . فَقَدْ ذَكَرْنَا أَنَّ قِيَمَتَهُ تُعْتَبَرُ مِنْ ثُلْثِ مَالِهِ .

وَقَالَ مَسْرُوقٌ : تُعْتَبَرُ مِنْ رَأْسِ مَالِهِ ، كَمَا لَوْ أَتْلَفَ شَيْئًا مِنْ مَالِهِ .

دَلِيلُنَا : حَدِيثُ عِمْرَانَ بْنِ الْحُصَيْنِ فِي : ( الرَّجُلِ الَّذِي أَعْتَقَ سِتَّةَ أَعْبُدٍ لَهُ فِي مَرَضٍ مَوْتِهِ ، فَأَقْرَعَ النَّبِيُّ ﷺ بَيْنَهُمْ ، فَأَعْتَقَ اثْنَيْنِ ، وَأَرَقَّ أَرْبَعَةً )<sup>(١)</sup> .

وَإِنْ أَعْتَقَ شَرَكَا لَهُ فِي عَبْدٍ فِي مَرَضٍ مَوْتِهِ . . عَتَقَ نَصِيبَهُ مِنْ ثُلْثِ تَرْكَتِهِ ، وَقَوْمَ عَلَيْهِ نَصِيبُ شَرِيكِهِ إِنْ أَحْتَمَلَهُ الثُّلْثُ .

وَحُكِيَ عَنْ أَحْمَدَ بْنِ حَنْبَلٍ : أَنَّهُ قَالَ : ( لَا يُقَوَّمُ عَلَيْهِ نَصِيبُ شَرِيكِهِ ) .

(١) سلف ، وأخرجه عن عمران بن الحصين الشافعي في « ترتيب المسند » ( ٢ / ٢٢٠ ) في العتق ، ومسلم ( ١٦٦٨ ) في الأيمان .

دليلنا : أنه موسرٌ بقيمة نصيب شريكه ولا يتعلّق به حقُّ أحدٍ فقومٌ عليه ، كعتق الصحيح .

وإن أوصى بعتق شرك له في عبد ، أو بعتق بعض عبد له . . أعتق عليه<sup>(١)</sup> ، ولا يُقوم عليه نصيب شريكه ، ولا يسري إلى عتق باقي العبد سواءً احتمله الثلث أو لم يحتمله ؛ لأنَّ ملكه يزول عن ماله إلا عن القدر الذي أوصى به ، فصار كالمعسر إذا أعتق شركاً له في عبد .

وإن أوصى بعتق شقص له من عبد وأوصى أن يعتق عليه نصيب شريكه فإن احتمله الثلث أعتق عليه نصيب شريكه ودفعت قيمته إلى شريكه ؛ لأنَّ له التصرف في الثلث بما فيه قربة .

قال القاضي أبو الطيب في « المجرد » : عندي أنه إنما تقوم حصّة الشريك إذا رضي الشريك بذلك ، ولا تقوم إذا لم يرض ؛ لأنَّ التقويم لم يجب على الموصي وإنما وجب بالوصيّة ، فجرى ذلك مجرى المعسر إذا أعتق شقصاً له في عبد ثم أيسر ، فإنه لا يقوم عليه نصيب شريكه إلا برضاه .

قال ابن الصبّاغ : وأصحابنا أطلقوا ذلك ، وما قالوه له وجهٌ صحيح ؛ لأنَّ التقويم لا يجب ؛ لأنَّ العتق وقع حال زوال ملك الميت عن المال ، فجرى ذلك مجرى المعسر إذا أعتق شقصاً له من عبد .

فأمّا إذا أوصى بتكميله . . كانت قيمته باقية كالباقية على حكم ملكه ، فصار كالموسر إذا أعتق ، وهكذا لو قال : إذا مت فنصبي حرّاً . . عتق نصيبه إن خرج من الثلث ولم يسر إلى نصيب شريكه .

فرعٌ : [أوصى بعتق شقصين من عبيدين] :

إذا كان له شقصان من عبيدين فأوصى بعتقهما بعد موته ، وبأن يكمل باقي عتق العبدين من الثلث ، فإن احتملتهما الثلث . . أعتقا عنه ، وإن لم يحتمل الثلث إلا قيمة

(١) في ( م ) : ( عنه ) في موضعين .



بأبي أحدهما . . قال ابن الحَدَّاد : أقرع بينهما ولا يُقسَّم بينهما ؛ لأنَّ الموصي قصدَ تكميلَ العتق فيهما ، فإذا لم يُمكن ذلك فيهما . . كان في أحدهما .

وإن كان له ثلاثة أعبد لا مال له غيرهم ، وقيمتهم سواء ، فقال : نصف كل واحد منكم حرّاً بعد موتي ، ولم تُجزِ الورثة :

قال ابن الحَدَّاد : أقرع بينهم ، وهو بأن يُكتب في رُقعة عتق ، وفي رُقعة رِقٌّ ، ويُخرج إحدى الرقعتين على واحدٍ منهم ، فإن خرجت عليه رُقعة الرقِّ . . رِقٌّ جميعه وعتق من كل واحدٍ من الآخرين نصفه . وإن خرجت على الأول رُقعة العتق . . عتق نصفه ، ثمَّ تعاد القرعة بين الآخرين ، فمن خرجت عليه رُقعة العتق . . عتق نصفه ورق نصفه وجميع الآخر ؛ فيعتق نصفاً عبيد .

قال القاضي أبو الطيّب : وهذه لا يختلف فيها أصحابنا ، ودلّ هذا على أنَّ المعتق إذا فرّق العتق في شخصين . . لم يُجمَع في شخص واحد .

فإن كان له عبدان سالمٌ وغانمٌ ، وقيمتُهُما سواء ، فقال : إذا متُّ فنصفُ سالمٍ حرٌّ ، وثُلثُ غانمٍ حرٌّ ، فمات ولا مال له غيرهما ، ولم تُجزِ الورثة . . فقد زاد على الثلثِ سدسُ أحدهما .

قال ابن الحَدَّاد : فيقرع بينهما ، فيُكتب في رُقعة عتق و في رُقعة رِقٌّ ، ويُخرج إحداهما على أحدهما ، فإن خرجت رُقعة العتق على أحدهما . . عتق منه ما أعتق لا غير وتُتمُّ الثلث من الثاني . فإن خرجت رُقعة<sup>(١)</sup> العتق على سالمٍ عتق نصفه وعتق من غانمٍ سدسه . وإن خرجت رُقعة العتق على غانمٍ . . عتق ثلثه وعتق من سالمٍ ثلثه ؛ لأنَّ ذلك قدرُ الثلث .

وإن كان له ثلاثة أعبد لا مال له غيرهم ، فقال في مرضٍ موته : أثلاثكم أحرار . . عتق ثلث كل واحدٍ منهم - اتَّفقت قيمتُهُم أو اختلفت - ولا يُقرع بينهم ؛ لأنَّه عيَّن العتق ولم يزد على الثلث .

(١) في (م) : ( قرعة ) في الموضعين .

وإن قال : ثلثكم حرّ ، أو ثلث هؤلاء حرّ . . قال القاضي أبو الطيّب : فإنّ الظاهر من هذا الكلام أنّه أعتق واحداً منهم لا بعينه فيُقرع بينهم ، ويعتق واحد منهم ويرقّ أثنان .

**فرعٌ :** [عتق نصيبه عند موته وأوصى بالباقي من ثلثه وكذا شريكه] :

إذا كان عبدٌ بينَ شريكينِ فقال أحدهما : نصيبى من هذا العبدِ حرّ بعد موتي ، ويُستتمّ عتقُ باقيهِ من ثلثي ، وقال شريكُهُ : إذا ماتَ شريكي فنصيبى حرّ من هذا العبدِ ، فماتَ الأوّلُ . . قال ابنُ الحَدَّادِ : عتقَ العبدُ عليهما ، ولم يُقوّمَ نصيبُ أحدهما على الآخرِ ؛ لأنّ عتقَ نصيبيهما وقعَ في حالةٍ واحدةٍ .

وإن قال أحدهما : نصيبى حرّ بعد موتي ، ويُستتمّ عتقُ نصيبِ شريكي من ثلثي ، وقال الثاني : إذا عتقَ نصيبُ شريكي فنصيبى حرّ ، فماتَ الأوّلُ . . قال ابنُ الحَدَّادِ : فإنّ الوصيّةَ بالتقويمِ صحيحةٌ ؛ لأنّ عتقَ الموصي يتقدّمُ وعتقَ شريكه يتعقّبه ، فوجبَ التقويمُ عليه .

**فرعٌ :** [أعتق أحدهما نصيبه من حملٍ جاريتهما] :

وإن كانَ بينَ نفسينِ جاريةٌ حاملٌ من نكاحٍ أو زنى ، فأعتقَ أحدهما نصيبَهُ من الحملِ : فإنّ أسقطتهُ حيّاً . . عتقَ عليه وقوّمَ عليه نصيبُ شريكه إن كانَ موسراً به . وتجبُ قيمتهُ يومَ الإسقاطِ ؛ لأنّه أوّلُ حالةٍ يُمكنُ تقويمُهُ فيها .

وإن أسقطتهُ ميتاً من غيرِ ضربٍ . . لم يجبَ على المُعتقِ لشريكه شيءٌ ؛ لأنّه لا يعلمُ أنّ العتقَ صادفهُ وهو حيٌّ .

وإن ضربها ضاربٌ فأسقطتهُ ميتاً . . وجبَ على الضاربِ غرّةُ عبدٍ أو أمةٍ ؛ لأنّ الظاهرَ أنّه تلفَ بالضربِ .

قال ابنُ الحَدَّادِ : ويجبُ على المُعتقِ لشريكه نصفُ عشرِ قيمةِ الأمِّ ؛ لأنّه ضمّنَ نصيبَ شريكه بالإعتاقِ ، وقيمةُ نصيبه لو كانَ مملوكاً نصفُ عشرِ قيمةِ أمّه .

وَمِنْ أَصْحَابِنَا مَنْ قَالَ : يَجِبُ عَلَيْهِ أَقَلُّ الْأَمْرَيْنِ مِنْ نَصْفِ عَشْرِ قِيَمَةِ أُمِّهِ أَوْ الْغُرَّةِ .  
وَالأَوَّلُ أَصَحُّ .

مَسْأَلَةٌ : [قال لعبده : وهبتك أو ملكتك نفسك] :

قال الطبري في « العُدَّة » : لو قال لعبده : وهبتك نفسك ، أو ملكتك نفسك . .  
أفتقر إلى القبول ليعتق .

وإن قال لأُمِّهِ : إذا ولدت ولداً فهو حرٌّ ، فولدت ولداً حياً . . عتق . وإن ولدت  
بعده ولداً آخر . . لم يعتق ؛ لأنَّ لفظه لا يقتضي التكرار . وإن ولدت ولداً ميتاً ، ثمَّ  
ولدت ولداً حياً . . قال ابن الصَّبَّاح : فالذي يقتضيه المذهب : أنَّ الثاني لا يعتق . وبه  
قال أبو يوسف ومحمد .

وقال أبو حنيفة : ( يعتق ؛ لأنَّ العتق يستحيل في الميت فيعلق بالحي ) .

ودليلنا : أنَّ شرط العتق وُجِدَ بالأوَّل ، بدليل : أنَّه لو علّق به عتقها . . لعتقت  
لولادة الميت فأنحلت اليمينُ به ، كما لو قال : إن دخلت الدار فأنت حرٌّ ، فباعه ثمَّ  
دخل .

فرعٌ : [حلف بعتقه فحنث] :

وإن كان عبده مقيّداً ، فحلف سيّده بعتقه أنَّ في قيده عشرة أرتالٍ ، وحلف بعتقه  
لا أحله ولا أحدٌ من الناس ، فشهد شاهدان أنَّ في قيده خمسة أرتالٍ ، فحكم الحاكمُ  
بعتقه لحنثه في يمينه أنَّ في قيده عشرة أرتالٍ ، فوزن القيد بعد حله ، فوجد فيه عشرة  
أرتالٍ . . فإنَّ العبدَ يعتق ، وهل يجبُ على الشاهدين شيءٌ ؟

قال أبو حنيفة : ( يجبُ على الشاهدين قيمةُ العبدِ ) .

وقال أبو يوسف ومحمد : لا يجبُ عليهما شيءٌ ، قال ابنُ الصَّبَّاح : وهو الصحيحُ .

فبنى أبو حنيفة ذلك على أصله ، بأنَّ حكمَ الحاكمِ ينفذُ في الباطنِ وإن كان بشهادة  
الزُّورِ ، ووجهُ الآخرِ : أنَّه عتق بحلِّ القيدِ دونَ ما شهدا به ؛ لأنَّا تحقّقنا كذبَهُما .

فرعٌ : [شهدا بعتق عبد ورجعا ثم شهد آخران بعتق غيره] :

وإن شهد شاهدان أن رجلاً أوصى بعتق عبد عيَّناه ، وقيمتُهُ ثلث تركته ، فحكم الحاكمُ بشهادتهما بعد موت الموصي ، ثم رجعا عن الشهادة ، وشهد آخران أن الموصي أوصى بعتق عبد آخر عيَّناه ، وقيمتُهُ قدر ثلث تركته ، وحكمُ بشهادتهما . . أقرع بين العبدین ؛ لأنه قد ثبت أن الميِّت أوصى بعتقهما ، ورجوعُ الشاهدين لا يُقبلُ في نقضِ الحكم .

فإن خرجت قرعة العتق على الأول . . عتق ورق الثاني ، ووجب على الشاهدين الراجعين قيمة العبد لورثة المعتق ؛ لأنه تلف بشهادتهما ، وقد أقرأ ببطلانها . وإن خرجت قرعة العتق على الثاني . . عتق ورق الأول ، ولم يجب على الشاهدين الراجعين للورثة شيء ؛ لأنهما لم يتلفا بشهادتهما شيئاً .

مسألةٌ : [أعتق عبداً بعينه ثم أشكل عليه أمر] :

إذا كان له أعبُدٌ فأعتق واحداً منهم بعينه ، ثم أشكل عليه . . أمر بأن يتذكر وينفق عليهم إلى أن يتبين ، فإن قال : الذي كنت قد أعتقته هو هذا . . حكم بعتقه من حين العتق .

فإن قال آخر من عبيده : بل أنا الذي كنت أعتقت ، فإن صدقه . . حكم بعتقهما ، وإن كذبه . . حلف له ، وإن نكل عن اليمين . . ردت اليمين على الآخر ، فإن حلف . . حكم بعتقه أيضاً .

وإن قال : أعتقت هذا ، لا ، بل هذا . . حكم بعتقهما ؛ لأنه لما أقر للأول . . حكم بعتقه ، فإذا رجع عن الأول وأقر للثاني . . لم يُقبل رجوعه عن الأول وقبل إقراره للثاني .

فإن مات قبل أن يُبين ، فإن ذكر الوارث أنه يعرف المعتق منهما . . رجع إليه ، فإذا أخبر بعتق واحد . . قبل وحكم بعتقه ؛ لأنه قائم مقام مورثه . وإن اتهمه غيره . . حلف له .

وإن قال الوارث : لا أعرف المعتق منهم . . ففيه قولان :  
 أحدهما : يُقرع بينهم ؛ لأنَّ أحدهم ليس بأولى من الآخر .  
 والثاني : لا يُقرع ، ولكن يُوقف إلى أن يتبين ؛ لأنَّ القرعة ربَّما أعتقت الرقيق ،  
 وأرقت العتيق . والصحيح هو الأول .

فرعٌ : [أعتق واحداً من جماعة ولم يعينه] :  
 وإن أعتق واحداً منهم لا بعينه . . أمر بأن يُعين العتق فيمن شاء منهم ، فإن قال :  
 أعتقت هذا ، لا ، بل هذا . . أعتق الأول دون الثاني ؛ لأنَّ ذلك اختيارٌ لا إخبارٌ .  
 فإن اتَّهمه الآخر . . لم يحلف له ؛ لأنَّه لو أقرَّ للثاني لم يُحكم بعتقه ، فلا معنى  
 لتحليفه .

وإن مات قبل أن يُبين . . فهل يُرجع إلى الوارث ؟ فيه وجهان :  
 أحدهما : لا يُرجع إليه ، بل يُقرع بينهما ، كما لا يُرجع إليه إذا طلق واحدة من  
 نسائه لا بعينها .

والثاني : يُرجع إليه ، وهو الأصحُّ ؛ لأنَّه خيارٌ يتعلق بالمال فقام الوارث مقام  
 المورث ، كخيار الرد بالعيب والشفعة . هذا نقل أصحابنا البغداديين .

وقال المسعودي [في «الإبانة»] : هل يُرجع إلى الوارث ؟ فيه قولان ، واختلف  
 أصحابنا في موضع القولين :

فمنهم من قال : القولان فيه إذا كان المعتق قد عيَّنه بقلبه ، فيجوز أن يكون قد أخبر  
 به الوارث . فأما إذا لم يُعيَّنه المعتق بقلبه . . فلا يُرجع إلى الوارث قولاً واحداً .

ومنهم من قال : القولان إذا لم يُعيَّنه المعتق بقلبه . . فأما إذا كان قد عيَّنه بقلبه . .  
 فلا يُرجع إلى الوارث قولاً واحداً ، بل يُقرع بينهم .

ومنهم من قال : القولان في الجميع .



فرعٌ : [أختلاف قول الابن فيمن أعتق الأب في مرض موته] :

وإن مات رجلٌ وخلفَ أبنًا وثلاثةَ أعبُدٍ قيمتُهُم سواءٌ ، لا مالَ لَهُ غيرُهُم ، فقال الابنُ : أعتقَ أبي هذا العبدَ في مرضِ موتهِ ، وأشارَ إلى واحدٍ منهم ، ثمَّ قالَ : لا ، بل أعتقَ هذا وهذا بكلمةٍ واحدةٍ ، وأشارَ إلى الأوَّلِ وإلى آخرَ معه ، ثمَّ قالَ : لا بل أعتقَ الثلاثةَ كلُّهم بكلمةٍ واحدةٍ . . قالَ ابنُ الحَدَّادِ :

عتقَ العبدُ الأوَّلُ بإقرارِهِ الأوَّلِ مِنْ غيرِ قرعةٍ ، ثمَّ يُقرَعُ بينَ الأوَّلِ وبينَ الثاني الذي أشارَ إليه معه في الإقرارِ الثاني لإعتاقِ الثاني لا لإرقاقِ الأوَّلِ ، فإنَّ خَرَجَتْ قرعةُ العتقِ على الثاني . . عتقا ، وإنَّ خَرَجَتْ قرعةُ العتقِ على الأوَّلِ . . لم يُعتَقِ الثاني بالإقرارِ الثاني . ثمَّ تُعادُ القرعةُ بينَ الثلاثةِ ، فإنَّ خَرَجَتْ قرعةُ العتقِ على الثالثِ . . عتقَ أيضًا . وإنَّ خَرَجَتْ على الأوَّلِ . . رَقَّ الثالثُ والثاني إنَّ لم يُعتَقِ الثاني بالقرعةِ الأولى . وإنَّ خَرَجَتْ قرعةُ العتقِ على الثاني . . عتقَ ورَقَّ الثالثُ .

فرعٌ : [ترك ثلاثة بنين وثلاثة أعبُد وأختلفوا في معتق] :

وإنَّ ماتَ رجلٌ وخلفَ ثلاثةَ بنينَ وثلاثةَ أعبُدٍ قيمتُهُم سواءٌ ، ولا مالَ لَهُ غيرُهُم ، فقالَ أحدُ البنينَ : أعتقَ أبي هذا العبدَ في مرضِ موتهِ ، وقالَ آخرُ : بل أعتقَ أبي هذا وهذا في مرضِ موتهِ بكلمةٍ واحدةٍ وأشارَ إلى الذي أشارَ إليه الأوَّلُ وإلى آخرَ معه ، وقالَ الثالثُ : بل أعتقَ أبي جميعَ الثلاثةِ في مرضِ موتهِ بكلمةٍ واحدةٍ :

قالَ ابنُ الحَدَّادِ : فإنَّ الأوَّلَ يعتقُ ثلثَهُ بإقرارِ الابنِ الأوَّلِ ؛ لأنَّه أقرَّ بعتقه عليه وعلى إخوته . . فقبِلَ إقرارُهُ في نصيبِ نفسِهِ دونَ نصيبِ إخوته ، ثمَّ يُقرَعُ بينَ العبدَيْنِ اللَّذَيْنِ أشارَ إليهما الابنُ الثاني ، فأُتيهما خَرَجَتْ عليه قرعةُ العتقِ . . عتقَ ثلثُهُ ؛ لأنَّه قدَّرَ نصيبَهُ ، ثمَّ يُقرَعُ بينَ الأعبُدِ الثلاثةِ لإقرارِ الثالثِ ، فأُتيهم خَرَجَتْ عليه قرعةُ العتقِ . . عتقَ عليه ثلثُهُ ؛ لأنَّه قدَّرَ نصيبَهُ ، ولا يَقوِّمُ على المقرِّ باقي العبدِ ؛ لأنَّ العتقَ لم يَقعْ بقوله ، وإنَّما هوَ مُخبرٌ عَنُ إعتاقِ أبيهِ ، والإخبارُ واجبٌ عليه ، فلمْ يجبْ عليه التقويمُ .

وإن كانت قيمة العبد الذي أشار إليه الأول مئة ، وقيمة الثاني الذي أشار إليه الثاني مع الأول مئتين ، وقيمة العبد الثالث ثلاث مئة . . فإن الأول يعتق ثلثه بإقرار الابن الأول ؛ لأنه لم يقر أن أباه أعتق إلا ما يساوي مئة ، فلزمه ثلثها .

فإذا أقرعنا بين الأول والثاني لإقرار الثاني ، فإن خرجت قرعة العتق على الأول . . عتق ثلثه وعتق من الثاني سدسه ، وقيمة ذلك ثلاثة وثلاثون وثلث ؛ لأنه أقر أن أباه أعتق ما يساوي مئتين ، فلزمه ثلثهما . وإن خرجت قرعة العتق على الثاني . . عتق ثلثه .

فإذا أقرعنا بين الثلاثة لإقرار الثالث ، فإن خرجت قرعة العتق على الأول . . عتق ثلثه ثم تعاد القرعة بين الثاني والثالث ، فإن خرجت قرعة العتق على الثاني . . عتق سدسه وهو تمام حصته من الثلث . وإن خرجت على الثالث بعد خروجها على الأول . . عتق تسعه تمام حصته من الثلث . وإن خرجت قرعة العتق في الإبتداء على الثالث . . عتق منه تسعاه . ولا يجب التقويم على ما مضى في الأولى .

فرع : [أختلاف قول الوارث والشهود في عين المعتق] :

قال القاضي أبو الطيب : وإن شهد شاهدان أن رجلاً أعتق قبل موته عبداً له عيانه ، وقيمه قدر ثلث تركته ، وقال الوارث : لا ، بل أعتق هذا ، وقيمه قدر ثلث تركته ، أو كانت الشهادة والإقرار في الوصية . . عتق العبد المشهود له بالشهادة ، ثم يقرع بين المشهود له وبين الذي أقر له الوارث لبيان حكم المقر له لا لإرقاق المشهود له ، فإن خرجت قرعة العتق على المشهود له . . رَقَّ المقر له ؛ لأنه لا يجوز الزيادة على الثلث . وإن خرجت قرعة العتق على المقر له . . عتق بإقراره وعتق الأول بالشهادة .

فرع : [أختلاف قول الشهود في عين المعتق] :

قال في « الأم » : ( وإن شهد شاهدان على ميِّت أنه أعتق هذا العبد عتقاً بتاتاً<sup>(١)</sup> وهو يخرج من الثلث ، وشهد آخران أنه أعتق عبداً آخر عتقاً بتاتاً . . سُئِلَ عَنِ الْوَقْتِ ،

(١) بتاتاً ، يقال : لا أفعله بته ، والته ، وألته : قطعاً لا رجعة فيه .

فأَيُّهُمَا سَبَقَ بِالْعَتَقِ . . عَتَقَ وَرَقَّ الثَّانِي ، وَلَا قُرْعَةً . وَإِنْ كَانَ فِي وَقْتٍ وَاحِدٍ وَلَمْ يُعْلَمْ . . أَقْرَعَ بَيْنَهُمَا ؛ لِأَنَّهُ لَا مَزِيَّةَ لِأَحَدِهِمَا عَلَى الْآخَرِ ) .

قَالَ فِي « الْأُمِّ » : ( وَإِنْ شَهِدَ شَاهِدَانِ أَنَّهُ نَجَّزَ عَتَقَ هَذَا الْعَبْدَ وَهُوَ الثَّلَاثُ ، وَشَهِدَ آخَرَانِ أَنَّهُ أَعْتَقَ هَذَا الْعَبْدَ فِي الْوَصِيَّةِ وَهُوَ الثَّلَاثُ . . عَتَقَ الْمُنَجَّزُ وَرَقَّ الْمَعْتَقُ فِي الْوَصِيَّةِ ؛ لِأَنَّ الْمُنَجَّزَ سَابِقٌ ، فَقَدَّمَ ) .

قَالَ فِي « الْأُمِّ » : ( وَإِنْ شَهِدَ شَاهِدَانِ أَنَّهُ أَعْتَقَ هَذَا الْعَبْدَ فِي الْوَصِيَّةِ أَوْ التَّدْبِيرِ ، وَشَهِدَ آخَرَانِ أَنَّهُ أَعْتَقَ عَبْدًا آخَرَ فِي الْوَصِيَّةِ أَوْ التَّدْبِيرِ ، وَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا قَدَّرَ الثَّلَاثُ . . أَعْتَقَ وَاحِدٌ مِنْهُمَا بِالْقُرْعَةِ <sup>(١)</sup> ) .

إِذَا ثَبَتَ هَذَا : فَإِنَّ الْمُزْنِيَّ رَوَى فِي « الْمَخْتَصَرِ » : لَوْ شَهِدَ أَجْنَبِيَّانِ أَنَّهُ أَعْتَقَ عَبْدَهُ وَصِيَّةً وَهُوَ الثَّلَاثُ ، وَشَهِدَ وَارِثَانِ أَنَّهُ أَعْتَقَ عَبْدًا غَيْرَهُ وَصِيَّةً وَهُوَ الثَّلَاثُ . . عَتَقَ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نِصْفَهُ . وَأَخْتَلَفَ أَصْحَابُنَا فِي ذَلِكَ :

فَقَالَ الْقَاضِي أَبُو الطَّيِّبِ : أَخْطَأَ الْمُزْنِيُّ فِي الثَّقَلِ ، وَقَدْ ذَكَرَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى فِي الْمَسْأَلَةِ قَبْلَهَا أَنَّهُ يُقْرَعُ بَيْنَهُمَا .

وَقَالَ بَعْضُ أَصْحَابِنَا : الْمَسْأَلَةُ مَفْرُوضَةٌ فِي الْوَصِيَّةِ بِالْعَتَقِ دُونَ الْعَتَقِ الْمُنَجَّزِ ؛ لِأَنَّهُ قَالَ : ( أَعْتَقَ عَبْدَهُ وَصِيَّةً ) وَقَوْلُهُ : ( عَتَقَ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نِصْفَهُ ) أَرَادَ : أَنَّ الْقِيَاسَ كَانَ يَقْتَضِي ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ لَا مَزِيَّةَ لِأَحَدِهِمَا عَلَى الْآخَرِ إِلَّا أَنَّ السُّنَّةَ وَرَدَتْ بِالْقُرْعَةِ ، وَإِنَّمَا قَصَدَ أَنْ يَبَيِّنَ لَهُ أَنَّهُ لَا مَزِيَّةَ لِشَهَادَةِ الْوَرِثَةِ عَلَى غَيْرِهِمْ .

وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ : بَلْ صَوْرَتُهَا أَنَّ الشَّهَادَتَيْنِ وَقَعَتَا فِي الْعَتَقِ الْمُنَجَّزِ ؛ لِأَنَّهُ قَالَ : ( فَإِنْ شَهِدَا أَنَّهُ أَعْتَقَ عَبْدَهُ ) وَقَوْلُهُ : ( وَصِيَّةً ) أَرَادَ : فِي مَرَضِ الْمَوْتِ ؛ لِأَنَّهُ حَالَةُ الْوَصِيَّةِ . وَالْحَكْمُ فِي ذَلِكَ أَنَّهُ يَعْتَقُ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نِصْفَهُ ، وَلَا يُمْكِنُ الْإِقْرَاعُ بَيْنَهُمَا لِأَنَّهُ رُبَّمَا يَكُونُ قَدْ تَقَدَّمَ عَتَقُ أَحَدِهِمَا ، فَخَرَجَ عَلَيْهِ سَهْمُ الرِّقِّ ، فَيَكُونُ قَدْ أَرَقَّ الْحَرَّ .

وَقَالَ ابْنُ الْقَاصِّ : بَلْ تَأْوِيلُ ذَلِكَ أَنَّهُ إِذَا كَانَ فِي لَفْظِ الْمَوْصِي مَا يَدُلُّ عَلَى تَفْرِيقِ الْعَتَقِ فِيهِمَا . . فَيُجْعَلُ بَيْنَهُمَا .

(١) فِي ( م ) : ( أَقْرَعَ بَيْنَهُمَا ) .

فرعٌ : [إن ولدت غلاماً فهو حر أو جارية فأنت حرة] :

إذا قال لأمته الحامل : إن كان أولٌ ولد تلدينه غلاماً فهو حرٌ ، وإن كانت جارية فأنت حرّة ، فولدت غلاماً وجارية :

فإن ولدت الغلام أولاً . . عتق ورقت الأم والجارية .

وإن ولدت الجارية أولاً . . عتقت الأم بوجود صفة العتق فيها ، وعتق الغلام تبعاً لها ؛ لأن العتق وقع عليها وهي حاملٌ به فتبعها في العتق .

وإن ولدتهم معاً . . فالذي يقتضي المذهب : أنه لا يعتق أحدٌ منهم ؛ لأنه ليس أحدهما أولى من الآخر .

وإن ولدت أحدهما بعد الآخر ولم يعلم أيهما نزل أولٌ . . قال ابنُ الحَدَّاد : عتق الغلام ؛ لأنه حرٌ بكلِّ حالٍ ، ورقت الجارية ؛ لأنها رقيقةٌ بكلِّ حالٍ .

وأما الأم : فإنه يُقرعُ عليها بسهم عتق وسهم رقٍّ ، فإن خرجَ عليها سهمُ العتق . . عتقت . وإن خرجَ عليها سهمُ الرقِّ . . رقت . فأعرضَ عليه بعضُ أصحابنا ، وقال : أخطأ ؛ لأن الإقراع لا يكون إلا بين شخصين ، فأما شخصٌ واحدٌ يُشكُّ في عتقه . . فلا تدخله القرعة .

قال القاضي أبو الطيّب : وهذا الذي قاله هذا القائل ليس بصحيح ؛ لأن الإقراع هاهنا بين شخصين وهو الابن والأم ؛ لأن سبب العتق وجد في أحدهما ؛ لأن ولادة البنت سبب عتقهما ، وولادة الابن سبب عتقه ، وعلم أنه وجد في أحدهما ، ولم يعلم بعينه ، فوجب الإقراع بينهما .

فرعٌ : [علق العتق على الوطاء] :

وإن كان له أربع إماء ، فقال : كلماً وطئت واحدة منكن . . فواحدة حرّة ، فوطيء ثلاثاً منهن ولم يطأ الرابعة :

قال ابنُ الحَدَّاد : أقرع بين الموطوءة أولاً وبين الرابعة التي لم توطأ ، فإن خرجت



قرعة العتق على الرابعة . . عتقت ، ثم تعاد القرعة بين الثانية والأولى فإن خرجت قرعة العتق على الأولى . . عتقت ، ثم تعاد القرعة بين الثانية والثالثة .

قال القاضي أبو الطيب : وبيان صحة ما قاله أنه بناء على أصليين :

أحدهما : أن الموطوءة تدخل في لفظ العتق كما يدخل غيرها .

والثاني : أن الوطاء اختياراً لملك الموطوءة ويعتبر العتق في غيرها .

إذا ثبت هذان الأصلان : فإنه إذا وطئ إحداهن . . فقد وقع العتق على واحدة من الأربع بغير عينها ، فلما وطئ الثانية والثالثة . . كان اختياراً لملكهما ، وتعين العتق بين الأولى والرابعة ، فوجب الإقراع بينهما لتعين العتق في إحداهما .

فإن قيل : أليس قد وطئ الأولى كما وطئ الثانية والثالثة ، فهلا قلتم : إن العتق ينصرف عنها ويتعين في الرابعة بغير قرعة ؟

فالجواب : أن الثانية والثالثة وطئهما بعد وقوع العتق على إحداهن والتعيين إليه ، فكان وطئهما<sup>(١)</sup> اختياراً لملكهما ، ووطئ الأولى قبل وقوع العتق ، وإنما وقع العتق بعد هذا الوطاء .

وأما العتق الواقع بوطئ الثانية : فهو شائع بينهما وبين التي لم تعتق بوطئ الأولى ، وهي إما الأولى وإما الرابعة .

وأما الثالثة : فقد وطئها بعد وقوع العتق بوطئ الثانية فكان اختياراً لملكها ، وصرف العتق عنها ، فتردد العتق الواقع بوطئ الثانية بين الأولى والرابعة .

وأما العتق الواقع بوطئ الثالثة : فهو شائع بينها وبين التي لم تعتق بالقرعة الأولى أو الثانية ، وهي الأولى أو الثانية أو الرابعة ، فيقرع بينهما ، فإذا خرجت القرعة على إحداهما . . عتقت ، فنكون قد عينا العتق في ثلاثٍ منهن وأزقنا واحدة منهن .

ومن أصحابنا من خالفه في ذلك وقال : الوطاء لا يكون اختياراً لملك الموطوءة كما لا يكون رجعة في المطلقة . ووافقه أن الموطوءة تدخل في لفظ الاعتاق كغيرها .

(١) في نسخة : ( وطئها ) .



فعلى هذا : قد عتق بوطء الثلاث ثلاث منهن بغير أعيانهن ، فيُكتب في ثلاث رِقاع عتق ، وفي رقعة رابعة رِق ، ثم يُخرجُ رقعةً على إحدى الأربع ، فإن خرجت عليها رقعة الرِق . . رَقَّت وعتق البواقي . وإن خرجت عليها رقعة العتق . . عتقت ، ثم تُخرجُ رقعةً أخرى على أخرى ، فإن خرجت رقعة الرِق . . رَقَّت وعتق الأخریان إلى أن يُستوفى عتق ثلاث .

ومن أصحابنا من قال : الموطوءة لا تدخل في لفظ العتق ، والوطء اختيار منه لملك الموطوءة .

فعلى هذا : إذا وطئ الأولى . . لم تدخل هي في العتق ، وتعتق واحدة إما الثانية أو الثالثة أو الرابعة ، لكنه وطئ الثانية والثالثة ، فكان ذلك اختياراً لملكهما فتعتق الرابعة . وتعتق الأولى بوطء الثانية ؛ لأن الرابعة قد عتقت ، والثالثة قد اختار تملكها بوطئها ، فلم يبق إلا الأولى .

ويعتق بوطء الثالثة الثانية ؛ لأن الرابعة قد عتقت بوطء الأولى ، والأولى قد عتقت بوطء الثانية ، والثالثة هي الموطوءة لا تدخل في العتق ، فلم يبق إلا الثانية .

قال القاضي أبو الطيب : والأوّل أصح ؛ لأن قوله : ( كلما وطئت واحدة منك ) عام في جميعهن ، والوطء اختيار للملك ، كما قال الشافعي رحمه الله في البائع إذا وطئ الأمة المعيبة في مدة الخيار . . كان اختياراً للفسخ .

فرع : [تعليق العتق بدخول دار أولاً وآخرًا] :

قال أبو العباس : لو قال : أوّل عبد يدخل الدار فهو حرّ ، فدخل عبد الدار . . أحتمل أن يعتق في الحال ، وهو الأصح ؛ لأنه أوّل ، وأحتمل أن لا يعتق حتى يدخل آخر ؛ لأنه لا يقال له أوّل حتى يكون<sup>(١)</sup> له آخر .

وإن قال : آخر عبد يدخل الدار فهو حرّ . . لم يحكم عليه بعتق عبد حتى يموت

(١) في نسختين : ( يدخل ) .

فيحكم بعتق آخر من دخل من عبيده الدار ؛ لأنه لا يعلم ذلك إلا بموته .

وإن قال : أول عبد يدخل الدار فهو حر ، فدخل أثنان معاً ، ثم دخل الثالث بعدهما . لم يعتق أحدهم ؛ لأن الاثنين لما دخلا معاً لم يكن أحدهما أولاً ، واللفظ اقتضى واحداً ، والثالث ليس بأول إلا إن قال : أول عبد يدخل الدار وحده فهو حر . فيعتق الثالث .

وإن قال : أي أمة ابتعتها وتسريتها فهي حرة ، فأشترى أمة وتسراها . لم تعتق ؛ لأنه عقد الصفة قبل الملك .

مسألة : [ملك الأصول أو الفروع] :

إذا ملك الإنسان أباه ، أو أمه ، أو جدّه ، أو جدّته من قبل الأب أو الأم وإن علوا ، أو ملك ولده أو ولد ولده وإن سفلوا ، من البنين أو البنات . عتق عليه بالملك . وبه قال مالك وأبو حنيفة وعامة أهل العلم .

وقال داود : ( لا يعتق عليه بالملك أحد من والد ولا ولد ولا غيرهم ) .

دليلنا : قوله تعالى : ﴿ وَقَالُوا اتَّخَذَ الرَّحْمَنُ وَلَدًا سُبْحَنَهُ بَلْ عِبَادٌ مُّكْرَمُونَ ﴾ [الأنبياء : ٢٦] وهذا يدل على أن الولد لا يكون مملوكاً .

وقال تعالى : ﴿ تَكَادُ السَّمَوَاتُ يَفْطَرْنَ مِنْهُ وَتَنْشُقُ الْأَرْضَ وَنَحْنُ الْجِبَالُ هَذَا ﴾ أن دعوا للرحمن ولداً ﴿ وَمَا يَنْبَغِي لِلرَّحْمَنِ أَنْ يَتَّخِذَ وَلَدًا ﴾ ﴿ إِنَّ كُلُّ مَنْ فِي السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضِ إِلَّا آتَى الرَّحْمَنِ عَبْدًا ﴾ <sup>(١)</sup> [مريم : ٩٠-٩٣] . فدل على أن الولادة والعبودية لا يجتمعان له .

وإن ملك من سوى الوالدين له ، أو المولودين من سائر القرابة . لم يعتق عليه .

وقال مالك : ( يعتق عليه الإخوة والأخوات ) .

وقال أبو حنيفة وأحمد : ( يعتق عليه بالملك كل ذي رحم محرم ) .

(١) قوله تعالى : ﴿ وَنَحْنُ الْجِبَالُ هَذَا ﴾ يقال : خرّ : سقط من أعلى إلى أسفل . الهدّ : هدم البناء وإزالته ، وهذا البناء يهده هداً : هدمه وضععه .

دليلنا : أَنَّ مَنْ جازَ للمكاتبِ بيعُهُ إِذَا مَلَكَهُ . . لَمْ يعتقْ على الحرِّ إِذَا مَلَكَهُ ، كالعصبات .

فرعٌ : [ولد الزنا لا يعتق] :

وإنْ وَلَدَتِ المرأةُ وَلِداً مِنَ الزنى وَمَلَكَهُ الزانى بها . . لَمْ يعتقْ عليه<sup>(١)</sup> .  
وقال أبو حنيفة : ( يعتق عليه ) .

دليلنا : أَنَّها وَلادةٌ لَا يتعلَّقُ بها ثبوتُ النَّسبِ ، فلا يتعلَّقُ بها وُجوبُ الإعتاقِ ، كما لو وَلَدَتْهُ لأكثرَ مِنْ أربعِ سِنينَ مِنْ حينِ الزنى .

فرعٌ : [يعتق شقصُ مَنْ ذَكَرَ بالملك] :

وإنْ مَلَكَ شِقْصاً مِمَّنْ يعتقُ عليه بالملكِ . . عتقَ عليه ذَلِكَ الشَّقْصُ كما لو مَلَكَ جميعَهُ ، وهل يقوِّمُ الباقي عليه ويعتقُ ؟ يُنظرُ فيه :

فإنْ كَانَ معسِراً . . لَمْ يقوِّمُ عليه وَلَمْ يُعتقْ عليه ؛ لأنَّ التقويمَ والسَّرايةَ لإزالةِ الضررِ عَنِ الشريكِ ، وفي التقويمِ على المعسرِ إضرارٌ بالمعسرِ .

وإنْ كَانَ موسِراً . . نظرتْ :

فإنْ مَلَكَ ذَلِكَ الشَّقْصَ باختيارِهِ ، بأنْ أبتاعَهُ أو أَتَّهَبَهُ أو أوصِي بِهِ لَهُ فَقَبِلَهُ . . قوِّمَ عليه الباقي وعتقَ عليه . وإنْ مَلَكَهُ بغيرِ اختيارِهِ ، بأنْ وَرَثَهُ . . لَمْ يقوِّمُ عليه الباقي وَلَمْ يعتقْ عليه ؛ لأنَّ اختيارَهُ لِمَلِكِ الشَّقْصِ اختيارٌ للتقويمِ عليه والعتقِ .

فرعٌ : [الوصية والهبة بمن يعتق عليه] :

وإذا وَصَّى لَهُ بِمَنْ يعتقُ عليه ، أو وَهَبَ لَهُ ، أو قَدَرَ على شرائِهِ . . فالمستحبُّ لَهُ أَنْ يقبلَ الوصِيَّةَ والهبةَ ويشتريَهُ ليعتقَ عليه ؛ لقوله ﷺ : « لَا يَجْزِي وَلَدٌ وَالِدَهُ إِلَّا أَنْ يَجِدَهُ

(١) يستأنس له بما رواه عن ميمونة مولاة النبي ﷺ النسائي في « الكبرى » ( ٤٩١٣ ) : أن النبي ﷺ سئل عن ولد الزنا فقال : « لا خير فيه ، نعلين أجاهد - أو قال - : أجهز بهما أحب إليَّ من أن أعتق ولد الزنا » .

مَمْلُوكًا فَيَشْتَرِيهِ فَيُعْتِقَهُ»<sup>(١)</sup> . ومعناه : فيعتقه بالشراء كقوله ﷺ : « النَّاسُ غَادِيَانِ : فَبَائِعٌ نَفْسَهُ فَمُؤَبِّقُهَا ، وَمُشْتَرِيهَا فَمُعْتِقُهَا »<sup>(٢)</sup> .

ولا يجب عليه ذلك ، وهو قول كافة العلماء<sup>(٣)</sup> .

وقال بعض الناس إذا أوصي له بأبيه<sup>(٤)</sup> أو وهب له . . . وجب عليه القبول ؛ ليخلصه من ذل الرق .

دليلنا : أنه اجتلاب ملك فلم يجب عليه قبوله ، كما لو وصى له بغير أبيه ، ولأنه لا يجب عليه شراء أبيه ، فلم يجب عليه قبول الوصية والهبة فيه .

فرع : [قبول الولي الوصية والهبة] :

وإن وصى للموئى عليه بمن يعتق عليه بالملك أو وهب له ، فإن كان الموئى عليه معسراً . . . وجب على الولي أن يقبل له الوصية والهبة ؛ لأنه يحصل للموئى عليه بذلك الثواب والولاء من غير ضرر عليه .

(١) أخرجه عن أبي هريرة أحمد في « المسند » ( ٣٢٠ / ٢ ) وغيرها ، والبخاري في « الأدب المفرد » ( ١٠ ) ، ومسلم ( ١٥١٠ ) في العتق ، وأبو داود ( ٥١٣٧ ) في الأدب ، والترمذي ( ١٩٠٧ ) في البر والصلة ، والنسائي في « الكبرى » ( ٤٨٩٦ ) في العتق ، وابن ماجه ( ٣٦٥٩ ) في الأدب ، وابن الجارود في « المنتقى » ( ٩٧١ ) في العتاقة ، والبيهقي في « السنن الكبرى » ( ٢٨٩ / ١٠ ) . قال الترمذي : حديث حسن صحيح . يجزي : يكافىء .

(٢) أخرجه مطوًلاً عن جابر رضي الله عنهما عبد الرزاق في « المصنف » ( ٢٠٧١٩ ) ، وأحمد في « المسند » ( ٣٢١ / ٣ ) ، والبزار كما في « كشف الأستار » ( ١٦٠٩ ) ، وأبو يعلى في « المسند » ( ١٩٩٩ ) ، وابن حبان في « الإحسان » ( ٤٥١٤ ) ، والحاكم في المستدرک ( ٤٢٢ / ٤ ) وصححه ، ووافقه الذهبي ، وفيه ألفاظ : « يا كعب بن عجرة إنه لا يدخل الجنة لحم ودم نبتا على سحت ، النار أولى به . . . » و : « أعاذك الله يا كعب بن عجرة من إمارة السفهاء . . . » .

وعن كعب بن عجرة أخرجه ابن حبان في « الإحسان » ( ٥٥٦٧ ) بإسناد صحيح .

(٣) في حاشية نسخة : ( خالف أصحابنا فيه فقال أكثرهم : يجب أن يقوم عليه . من « شرح المولدات » ) .

(٤) في ( م ) : ( بابنه ) .

وإن كان المولى عليه موسيراً ، فإن كان الموصى به له يلزم المولى عليه نفقته . . لم يجز للولي قبوله ؛ لأن النفقة تلزم المولى عليه . وإن كان المولى عليه لا تلزمه نفقته . . وجب على الولي أن يقبل له الوصية والهبة ؛ لأنه لا ضرر على المولى عليه .  
وإن وصى له ببعضه : فإن كان المولى عليه معسراً . . لزم الولي قبوله ؛ لأنه لا يقوم على المولى عليه ولا تلزمه نفقته .

وإن كان موسيراً : فإن كان الموصى به زمناً يلزمه نفقته . . لم يجز للولي قبوله ؛ لأنه يدخل الضرر على المولى عليه بوجوب النفقة عليه . وإن كان الموصى به صحيحاً مكتسباً . . ففيه قولان :

أحدهما : لا يجوز للولي قبوله ؛ لأنه يلزم المولى عليه الضرر بالتقويم .  
والثاني : يلزم الولي قبوله ، ولا يقوم على المولى عليه ولا يسري ؛ لأنه يدخل في ملكه بغير اختياره ، فهو كما لو ملك بعضه بالإرث .

فرع : [وصى بجارية لزوجها فماتا وله ابن] :

إذا وصى رجل بجارية لزوجها ، فمات الموصي ، ثم مات الموصى له قبل قبول الوصية ، وللموصى له ابن من هذه الجارية يرثه . . فالابن بالخيار : بين أن يقبل الوصية وبين أن يردها .

فإن ردها . . بقيت الأمة على ملك ورثة الموصي .

إن قبل الابن الوصية وأحتملها الثلث . . صح ذلك ودخلت في ملك الزوج أولاً ، ثم انتقلت إلى ابنه ميراثاً وعتقت عليه .

وإن لم يحتمل الثلث إلا بعضها ولم تجز الورثة باقيها . . صح الوصية فيما أحتمل الثلث منها ، ودخل في ملك الزوج بقبول الابن ، ثم ينتقل بعد ذلك إلى ملك ابنها بالإرث عن أبيه ، ويعتق عليه ذلك .

فإن كان الابن معسراً . . لم يسر العتق إلى باقيها .

وإن كان موسيراً . . فهل يقوم عليه باقيها ويسري العتق إليه ؟ فيه وجهان :



[أحدهما] : قَالَ أَبُو الْحَدَّادِ : يَقْوَمُ عَلَيْهِ وَيَعْتَقُ ؛ لِأَنَّهُ أُجْتَلِبَ مِلْكُ بَعْضِهَا بِقَبُولِ الْوَصِيَّةِ فَيَقْوَمُ عَلَيْهِ بَاقِيهَا ، كَمَا لَوْ أَوْصَى لَهُ بِبَعْضِ أُمَةٍ فَقَبِلَهَا .

وَالثَّانِي : مِنْ أَصْحَابِنَا مَنْ قَالَ : لَا تَقْوَمُ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ مَلِكٌ بَعْضُهَا بِالْإِثْرِ عَنْ أَبِيهِ ، فَهُوَ كَمَا لَوْ وَرِثَ بَعْضَ أُمَةٍ مِنْ غَيْرِ الْوَصِيَّةِ .

قَالَ الْقَاضِي أَبُو الطَّيِّبِ : وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ ؛ لِأَنَّ لَهُ صُنْعاً فِي مِلْكِ بَعْضِهَا ، وَهُوَ قَبُولُهُ . قَالَ : وَنَظِيرُهَا : إِذَا بَاعَ بَعْضَ أُمَةٍ لَهُ بِثَوْبٍ وَقَبِضَ الثَّوْبَ وَمَاتَ بَائِعُ بَعْضِ الْأُمَةِ وَوَرِثَهُ رَجُلٌ هُوَ أَبُو الْأُمَةِ فَوَجَدَ الْابْنَ بِالثَّوْبِ عَيْباً فَرَدَّهُ . . رَجَعَ إِلَيْهِ بَعْضُ أُمِّهِ .

وَهَلْ يَقْوَمُ عَلَيْهِ بَاقِيهَا إِنْ كَانَ مُوسِراً ؟ عَلَى الْوَجْهَيْنِ ، الصَّحِيحُ : أَنَّهُ يَقْوَمُ عَلَيْهِ .

فَرَعٌ : [اِسْتَوْلَدَ أُمَةً ثُمَّ مَلَكَهَا عَتَقَ ابْنَهُ مِنْهَا] :

إِذَا تَزَوَّجَ رَجُلٌ أُمَةً لِغَيْرِهِ فَأَوْلَدَ مِنْهَا ابْنًا ، ثُمَّ مَلَكَهَا . . عَتَقَ عَلَيْهِ ابْنُهُ وَأَنْفَسَخَ النِّكَاحُ .  
فَإِنْ مَلَكَ الْأُمَةَ ، ثُمَّ أَوْصَى بِهَذِهِ الْجَارِيَةِ زَوْجَهَا لَابْنٍ لَهَا مِنْ غَيْرِهِ ، فَإِنْ رَدَّ الْمَوْصِي لَهُ الْوَصِيَّةَ . . مَلَكَهَا ابْنُهَا مِنْهُ إِرْثًا عَنْ أَبِيهِ ، وَعَتَقَتْ عَلَيْهِ . وَإِنْ قَبِلَهَا الْمَوْصِي لَهُ وَخَرَجَتْ مِنَ الثُّلْثِ . . عَتَقَتْ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهَا أُمُّهُ .

وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ غَيْرُهَا وَلَمْ يُجْزِ ابْنُهَا الْوَصِيَّةَ فِيهَا . . عَتَقَ ثُلُثُهَا عَلَى ابْنِهَا الْمَوْصِي لَهُ ، وَعَتَقَ ثُلُثَاهَا عَلَى ابْنِهَا الْوَارِثِ .

وَإِنْ أَجَازَ ابْنُهَا الْوَصِيَّةَ فِيمَا زَادَ عَلَى الثُّلْثِ ، فَإِنْ قُلْنَا : إِنَّ الْإِجَازَةَ أَبْتَدَاءُ عَطِيَّةٍ مِنَ الْوَارِثِ . . لَمْ تَصَحَّ الْإِجَازَةُ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ لَهُ أَنْ يَهَبَ أُمَّهُ .

وَإِنْ قُلْنَا : الْإِجَازَةُ تَنْفِذٌ لِمَا فَعَلَهُ الْمَوْصِي . . صَحَّتِ الْإِجَازَةُ ، وَعَتَقَ جَمِيعُهَا عَلَى الْابْنِ الْمَوْصِي لَهُ .

فَرَعٌ : [أَوْصَى بِأُمِّهِ لَابْنِهَا مِنْ غَيْرِهِ وَلَهُ ابْنٌ مِنْهَا] :

وَإِنْ كَانَ لِرَجُلٍ أُمَةٌ وَلَهُ ابْنٌ مِنْ غَيْرِهَا ، وَلَهَا ابْنٌ مِنْ غَيْرِهِ ، فَأَوْصَى بِهَا لَابْنِهَا وَلَا مَالَ لَهُ غَيْرُهَا ، فَمَاتَ الْمَوْصِي ، فَأَعْتَقَ ابْنُهُ ثُلُثَهَا ، ثُمَّ قَبِلَ ابْنُهَا الْوَصِيَّةَ فِيهَا ، فَإِنْ

قُلْنَا : إِنَّ الْمَوْصِيَّ لَهُ يَمْلِكُ الْوَصِيَّةَ بِالْقَبُولِ . . سَرَى إِعْتَاقُ الْوَارِثِ إِلَى ثُلُثِهَا الْمَوْصِيَّ بِهِ .

وَإِنْ قُلْنَا : تَبَيَّنَ بِالْقَبُولِ أَنَّهُ مَلِكٌ بِمَوْتِ الْمُوصِي . . فَقَدْ قَالَ أَبُو الْحَدَّادِ : لَا يَقُومُ نَصِيبُ الْإِبْنِ الْوَارِثِ عَلَى ابْنِ الْأُمَةِ الْمَوْصِيَّ لَهُ وَإِنْ كَانَ عَتَقَهُ سَابِقاً لِعَتَقِ الْوَارِثِ .  
وَمِنْ أَصْحَابِنَا مَنْ خَالَفَهُ وَقَالَ : يَقُومُ مَا زَادَ عَلَى الثُّلُثِ عَلَى الْإِبْنِ الْمَوْصِيَّ لَهُ إِنْ كَانَ مُوسِراً ؛ لِأَنَّ عَتَقَ نَصِيبِ الْمَوْصِيَّ لَهُ سَابِقٌ لِعَتَقِ نَصِيبِ الْوَارِثِ ، فَيَقُومُ<sup>(١)</sup> عَلَيْهِ ، وَلِأَنَّ أَبْنَ الْحَدَّادِ قَالَ : إِذَا أَوْصَى بِهَا لِابْنِهَا الَّذِي لَيْسَ مِنْهُ وَلَا أَجْنَبِيٌّ ، فَقَبِلَ الْأَجْنَبِيُّ الْوَصِيَّةَ فِي نَصْفِهَا وَأَعْتَقَهُ ، ثُمَّ قَبِلَ ابْنُهَا الْوَصِيَّةَ . . تَبَيَّنَا أَنَّهُ عَتَقَ عَلَى ابْنِهَا نَصْفَهَا حِينَ مَوْتِ الْمُوصِي ، وَوَجِبَ تَقْوِيمُ نَصْفِ الْأَجْنَبِيِّ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ عَتَقَ نَصِيبِ ابْنِهَا سَابِقٌ لِعَتَقِ نَصِيبِ الْأَجْنَبِيِّ ، فَكَذَا هَذَا مِثْلُهُ .

وَمِنْهُمْ مَنْ صَوَّبَ قَوْلَ أَبْنِ الْحَدَّادِ ، وَقَالَ : لَا يَقُومُ عَلَى ابْنِهَا نَصِيبُ الْوَارِثِ الَّذِي أَعْتَقَهُ ؛ لِأَنَّ مِلْكَ الْوَارِثِ أَكْثَرُ مِنْ مِلْكِ الْمَوْصِيَّ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ يَنْتَقِلُ إِلَى الْوَارِثِ مِنْ غَيْرِ قَبُولٍ . فَإِذَا أَعْتَقَ ذَلِكَ . . صَحَّ وَأُسْتَقَرَّ ، وَالْمَوْصِيَّ لَهُ لَا يَمْلِكُ إِلَّا بِالْقَبُولِ .

وَإِذَا قُلْنَا : إِنَّهُ تَبَيَّنَ بِالْقَبُولِ أَنَّهُ مَلِكٌ بِالمَوْتِ . . فَفِي ذَلِكَ خِلَافٌ بَيْنَ أَهْلِ الْعِلْمِ ، فَلَمْ يَجْزِ إِبْطَالُ الْأَقْوَى بِالْأَضْعَفِ . وَلَيْسَ كَذَلِكَ إِذَا كَانَتِ الْوَصِيَّةُ لِلْأَجْنَبِيِّ وَلِابْنِهَا ؛ لِأَنَّ سَبَبَ مِلْكِهِمَا وَاحِدٌ ، وَهُوَ الْوَصِيَّةُ وَالْقَبُولُ ، وَلَيْسَ أَحَدُهُمَا بِأَوَّلَى مِنَ الْآخَرِ ، فَجَعَلْنَا الْحُكْمَ لِلْسَابِقِ .

فِرْعُ : [أَوْصَى لَهُ بِمَا يَعْتَقُ عَلَيْهِ] :

وَإِنْ وَصَّى لِرَجُلٍ بِمَنْ يَعْتَقُ عَلَيْهِ ، فَمَاتَ الْمُوصِي ، ثُمَّ مَاتَ الْمَوْصِيَّ لَهُ قَبْلَ الْقَبُولِ وَلَهُ وَارِثَانِ ، فَقَبِلَ أَحَدُهُمَا الْوَصِيَّةَ وَرَدَّ الْآخَرَ . . فَإِنَّ نَصِيبَ الْقَابِلِ يَدْخُلُ فِي مِلْكِ الْمَوْصِيَّ لَهُ وَيَعْتَقُ عَلَيْهِ ، وَهَلْ يَقُومُ الْبَاقِي عَلَى الْقَابِلِ ؟

(١) فِي نَسْخَةِ : ( فِقْه ) وَآخَرَى : ( فِقْه ) .

قَالَ أَبُو الْحَدَّادِ : إِنْ كَانَ الْقَابِلُ قَدْ وَرِثَ عَنِ الْمَوْصِي لَهُ قَدْرَ قِيَمَةِ الْبَاقِي . . قَوْمٌ عَلَيْهِ الْبَاقِي . وَإِنْ وَرِثَ عَنْهُ أَقَلُّ مِنْ قِيَمَةِ الْبَاقِي . . قَوْمٌ عَلَيْهِ مِنْ بَاقِي الْعَبْدِ بِقَدْرِ مَا وَرِثَ عَنِ الْمَوْصِي لَهُ . وَإِنْ لَمْ يَرِثْ عَنِ الْمَوْصِي لَهُ شَيْئاً . . لَمْ يَقَوْمْ عَلَيْهِ وَإِنْ كَانَ مُوسِراً مِنْ غَيْرِ مِيرَاثِهِ عَنْهُ ؛ لِأَنَّ التَّقْوِيمَ لَزِمَ عَلَى الْمَتَوَفَّى لِعَتْقِهِ عَنْهُ فِي نَصِيبِ أَحَدِ الْوَارِثِينَ ، فَتَعَلَّقَ بِمَا وَرِثَ عَنْهُ وَقُدِّمَ عَلَى الْمِيرَاثِ ، وَلَمْ يَتَعَلَّقْ بِنَصِيبِ الْوَارِثِ الْآخَرِ ؛ لِأَنَّ الْعَتَقَ لَمْ يَثْبُتْ عَلَى الْمَوْصِي لَهُ فِي نَصِيبِهِ .

قَالَ الْقَاضِي أَبُو الطَّيِّبِ : وَيَجِيءُ فِي مِثْلِ هَذَا مَا قَالَ بَعْضُ أَصْحَابِنَا : أَنَّهُ لَا يَقَوْمُ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ دَخَلَ فِي مِلْكِ الْقَابِلِ بِالْإِرْثِ . وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ .

فِرْعُ : [اشْتَرَى الْأُمَةَ الْحَامِلَ زَوْجَهَا وَابْنَهَا الْحُرَّ] :

إِذَا كَانَ لِرَجُلٍ أُمَةٌ وَلَهَا ابْنٌ حُرٌّ مِنْ غَيْرِهِ ، فَزَوَّجَهَا مَالِكُهَا مِنْ رَجُلٍ وَحَمَلَتْ مِنَ الزَّوْجِ ، فَأَشْتَرَاهَا زَوْجُهَا وَأَبْنُهَا الْحُرُّ مِنْ مَوْلَاهَا وَهِيَ حَامِلٌ صَفْقَةً وَاحِدَةً . . فَإِنَّ نَصِيبَ الْإِبْنِ مِنَ الْجَارِيَةِ يَعْتَقُ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ مَلَكَ بَعْضَ أُمِّهِ ، وَيَتَّبَعُهُ نَصْفُ حَمْلِهَا ، فَإِنْ كَانَ الْإِبْنُ مُعْسِراً . . لَمْ يَقَوْمْ عَلَيْهِ نَصِيبُ الزَّوْجِ . وَإِنْ كَانَ مُوسِراً . . قَوْمٌ عَلَيْهِ نَصِيبُ الزَّوْجِ مِنَ الْجَارِيَةِ .

وَأَمَّا نَصِيبُ الزَّوْجِ مِنَ الْحَمْلِ : فَإِنَّهُ يُعْتَقُ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ مَلَكَ بَعْضَ وَلَدِهِ ، وَلَا يَقَوْمُ نَصِيبُ أَحَدِهِمَا بِالْحَمْلِ عَلَى صَاحِبِهِ بِحَالٍ ؛ لِأَنَّ عَتَقَ نَصِيبِهِمَا وَقَعَ عَلَيْهِمَا فِي حَالَةٍ وَاحِدَةٍ .

فَإِنْ لَمْ يَشْتَرِ يَاهَا وَلَكِنْ أَوْصَى بِهَا مَوْلَاهَا لَهَا ، فَإِنْ قَبِلَا الْوَصِيَّةَ فِي حَالَةٍ وَاحِدَةٍ ، بَانَ اتَّفَقَ لَفْظُهُمَا فِي الْقَبُولِ أَوْ وَكَلًا وَكَيْلًا فَقَبِلَ لَهَا بِكَلِمَةٍ وَاحِدَةٍ . . فَهُوَ كَمَا لَوْ اشْتَرَاها صَفْقَةً وَاحِدَةً .

وَإِنْ قَبِلَ الْوَصِيَّةَ أَحَدُهُمَا بَعْدَ الْآخَرِ . . بَنَى عَلَى وَقْتِ مِلْكِ الْمُوصِي لَهُ ، فَإِنْ قُلْنَا : يَتَبَيَّنُ بِالْقَبُولِ أَنَّهُ مَلَكَ بِالْمَوْتِ . . فَهُوَ كَمَا لَوْ قَبِلَا الْوَصِيَّةَ فِي حَالَةٍ وَاحِدَةٍ . . وَإِنْ قُلْنَا : يَمْلِكُ الْمَوْصِي لَهُ بِالْقَبُولِ . . نَظَرْتَ :

إِنْ قَبَلَ الزَّوْجُ أَوَّلًا . . . عَتَقَ عَلَيْهِ نَصْفُ الْحَمْلِ ؛ لِأَنَّهُ مَلَكَ بَعْضَ وَلَدِهِ ، وَقَوْمَ عَلَيْهِ  
النَّصْفُ الْآخَرَ لِلْمَوْصِي لَهُ إِنْ كَانَ مُوسِرًا ، ثُمَّ إِذَا قَبَلَ الْابْنُ بَعْدَهُ . . . عَتَقَ عَلَيْهِ نَصْفُ  
الْأُمَةِ ؛ لِأَنَّهَا أُمُّهُ ، وَيَقَوْمُ عَلَيْهِ نَصْفُهَا لِلزَّوْجِ إِنْ كَانَ الْابْنُ مُوسِرًا فَيَتَقَاَصَانِ فِيمَا أُسْتَوِيَ  
فِيهِ مِنَ الْقِيَمَةِ وَيَتَرَادَانِ بِالْفَضْلِ .

وَإِنْ قَبَلَ الْابْنُ أَوَّلًا . . . عَتَقَ عَلَيْهِ نَصْفُ الْأُمَةِ ، وَتَبَعَهَا نَصْفُ الْحَمْلِ ، وَقَوْمَ عَلَيْهِ  
نَصْفُ الْأُمَةِ وَنَصْفُ الْحَمْلِ لِلزَّوْجِ .

**فرع :** [أسر المسلم أباه الحربي] :

وَإِذَا أَسَرَ الْمُسْلِمُ أَبَاهُ الْحَرْبِيَّ وَأَنْفَرَدَ بِأَسْرِهِ . . . قَالَ ابْنُ الْحَدَّادِ : لَمْ يَعْتَقْ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ  
الْإِمَامَ فِيهِ بِالْخِيَارِ : بَيْنَ قَتْلِهِ وَمُفَادَاتِهِ وَالْمَنْ عَلَيْهِ ، فَلَوْ أَعْتَقْنَاهُ . . . لَأَبْطَلْنَا خِيَارَ الْإِمَامِ  
فِيهِ ، وَلِأَنَّ الْغَانِمَ لَا يَمْلِكُ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخْتَارَ تَمْلُكُهُ ، وَلَمْ يُوجَدْ مِنَ الْابْنِ الْاِخْتِيَارُ  
لِتَمْلُكِهِ .

فَإِنْ اخْتَارَ الْإِمَامُ أَسْتِرْقَاقَهُ ، وَاخْتَارَ الْابْنُ تَمْلُكَهُ . . . عَتَقَ عَلَى الْابْنِ أَرْبَعَةَ أَخْمَاسِهِ ،  
وَيَكُونُ خُمُسُهُ لِأَهْلِ الْخُمُسِ .

فَإِنْ كَانَ الْابْنُ مُعْسِرًا . . . رَقَّ خُمُسُهُ . وَإِنْ كَانَ مُوسِرًا . . . قَوْمَ عَلَيْهِ الْخُمُسُ وَعَتَقَ  
عَلَيْهِ .

وَإِنْ لَمْ يَخْتَرْ الْابْنُ تَمْلُكَهُ . . . كَانَتْ أَرْبَعَةُ أَخْمَاسِهِ مُرَصَّدَةً لِمَصَالِحِ الْمُسْلِمِينَ ،  
وْخُمُسُهُ لِأَهْلِ الْخُمُسِ .

وَإِنْ سَبَى<sup>(١)</sup> أُمُّهُ وَابْنُهُ الصَّغِيرَ وَاخْتَارَ تَمْلُكَهُمَا . . . عَتَقَ عَلَيْهِ أَرْبَعَةَ أَخْمَاسَهُمَا ، وَقَوْمَ  
عَلَيْهِ خُمُسَهُمَا لِأَهْلِ الْخُمُسِ إِنْ كَانَ مُوسِرًا ؛ لِأَنَّهُ لَا خِيَارَ لِلْإِمَامِ فِيهِمَا .

وَإِنْ لَمْ يَخْتَرْ تَمْلُكَهُمَا . . . كَانَتْ أَرْبَعَةُ أَخْمَاسِهِمَا لِمَصَالِحِ الْمُسْلِمِينَ ، وَخُمُسُهُمَا  
لِأَهْلِ الْخُمُسِ .

(١) فِي ( م ) : ( أَسْر ) .

فرعٌ : [ قال لأحد عبديه أحذكم حر على ألف ] :

إذا قال رجلٌ لعبدين له : أحذكما حرٌّ على ألفٍ ، فقال كلُّ واحدٍ منهما : قد قبلتُ . . عتق أحدهما لا بعينه . وله أن يُعَيَّنَ<sup>(١)</sup> أيهما شاء ، ولا يُقرع بينهما ما دام حيًّا . فإن مات قبل البيان ولا وارث له . . أقرع بينهما . وإن كان له وارث . . فهل يقوم مقامه في البيان ؟ فيه وجهان ، حكاهما القاضي أبو الطيّب :

أحدهما : يقوم مقامه في البيان كسائر حقوقه .

والثاني : يُقرع بينهما كما أقرع النبي ﷺ لتعيين العتق في العبيد الستة .

فإذا أقرع بينهما وخرجت القرعة لأحدهما . . عتق . قال ابنُ الحَدَّادِ : ولزم العبد قيمته لمولاه ، ولا تلزمه الألف ؛ لأنه زال ملكه عنه بعوضٍ مجهولٍ ولا يمكنه الرجوع إلى العبد ، فيرجع عليه بقيمته .

ومن أصحابنا من قال : فيه قولٌ آخرٌ : أنه يرجع عليه بالألف .

قال القاضي أبو الطيّب : وهذا هو القول القديم في الصِّدَاقِ إذا تَلَفَ في يد الزوج قبل القبض ، أو تَلَفَ عَوْضُ الخُلْعِ في يد الزوجة قبل القبض . والأوَّلُ أصحُّ .

فرعٌ : [ اختلف إخوة في ملك جارية وولدها ] :

ولو كانت جاريةٌ وولدها في يد ثلاثة رجالٍ إخوة ، فقال أحدهم : هذه أمُّ ولدي وهذا ولدها مني . وقال آخرٌ : هذه أمُّ ولدِ أبينا وولدها أخونا . وقال الثالثُ : هذه أمتي وولدها عبدي ، ولا بينة لواحدٍ منهم . قال ابنُ الحَدَّادِ : فإنه يعتق ثلثُ الجارية وثلثُ ولدها بإقرارٍ من قال : هي أمُّ ولدِ أبينا . ويعتق ثلثُ ثانٍ من الولدِ بإقرارٍ من قال : الجارية أمُّ ولدي وولدها مني ، ويصيرُ ثلثُ الجارية أمُّ ولدٍ له ، ويسري إلى ثلثِ الجارية وثلثِ ولدها ، فيلزم الذي أقرَّ بكونها أمُّ ولدٍ له ثلثُ قيمتها وثلثُ قيمة ولدها إن

(١) في نسخة : ( يعتق ) .



كَانَ مُوسِرًا بِقِيمَتِهَا لِلَّذِي أَدَّعَى أَنَّهُمَا مَمْلُوكَانِ لَهُ . وَيُثْبِتُ نَسَبُ الْوَلَدِ مِنَ الَّذِي أَدَّعَى أَنَّهُ  
أَبْنُهُ ؛ لِأَنَّهُ أَقَرَّ بِثَبُوتِ نَسَبِهِ مِنْهُ وَلَا مَنَازَعَ لَهُ فِي ذَلِكَ . وَلَا يَثْبِتُ النَّسَبُ مِنَ الْأَبِ ؛ لِأَنَّهُ  
إِقْرَارٌ مِنْ بَعْضِ الْوَرِثَةِ .

**فرع :** [علق عتق عبده على حَجَّه العام] :

إِذَا قَالَ : إِنْ لَمْ أَحِجَّ الْعَامَ فَعَبْدِي حُرٌّ ، فَأَدَّعَى أَنَّهُ حَجٌّ ، فَأَقَامَ الْعَبْدُ بَيْنَهُ أَنَّهُ كَانَ يَوْمَ  
النَّحْرِ بِالْكُوفَةِ . . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : عَتَقَ الْعَبْدُ ؛ لِأَنَّ الْحَالَ إِذَا كَانَ كَذَلِكَ أَسْتَحَالَ  
أَنْ يَكُونَ حَجٌّ تِلْكَ السَّنَةِ .

**مسائل من الدور في العتق :**

إِذَا أَوْصَى رَجُلٌ بَعْتَقَ عَبْدٍ ، فَأَكْتَسَبَ الْعَبْدُ مَا لَا بَعْدَ الْوَصِيَّةِ وَقَبْلَ مَوْتِ سَيِّدِهِ . . فَإِنْ  
جَمِيعَ كَسْبِهِ يَكُونُ مِلْكًا لِسَيِّدِهِ وَلِوَرِثَتِهِ بَعْدَهُ ؛ لِأَنَّ عَتَقَهُ قَبْلَ مَوْتِ سَيِّدِهِ غَيْرُ لَازِمٍ ؛ لِأَنَّ  
لِلْمُوصِي أَنْ يَرْجِعَ فِي وَصِيَّتِهِ بَعْتَقَهُ .

وَإِنْ مَاتَ الْمُوصِي فَأَكْتَسَبَ هَذَا الْعَبْدُ مَا لَا بَعْدَ مَوْتِ سَيِّدِهِ وَقَبْلَ الْإِعْتَاقِ ، فَإِنْ كَانَ  
الْعَبْدُ يَخْرُجُ مِنَ الثُّلْثِ . . فَإِنْ جَمِيعَ الْكَسْبِ لَهُ ؛ لِأَنَّ الْعَبْدَ قَدْ أُسْتَحَقَّ الْعَتَقُ بِمَوْتِ  
سَيِّدِهِ ، وَإِنَّمَا تَأَخَّرَ إِعْتَاقُهُ بِتَفْرِيطِ الْوَصِيِّ أَوْ الْوَارِثِ . وَإِنْ لَمْ يَخْرُجْ مِنَ الثُّلْثِ وَلَمْ تُجْزِ  
الْوَرِثَةُ . . كَانَ لِلْعَبْدِ مِنَ الْكَسْبِ بِقَدَرِ مَا عَتَقَ مِنْهُ . فَإِنْ عَتَقَ مِنْهُ ثُلُثُهُ . . كَانَ لَهُ ثُلْثُ  
كَسْبِهِ ، وَإِنْ عَتَقَ مِنْهُ نِصْفُهُ . . كَانَ لَهُ نِصْفُ كَسْبِهِ ، وَبَاقِي كَسْبِهِ لِلْوَرِثَةِ ؛ لِأَنَّ الْكَسْبَ  
حَصَلَ مِنْهُ بَعْدَ أَنْ دَخَلَ مَا لَمْ يُسْتَحَقَّ إِعْتَاقُهُ فِي مِلْكِهِمْ .

وَإِنْ أَعْتَقَ فِي مَرَضٍ مَوْتَهُ عَبْدًا لَهُ ، وَمَاتَ السَيِّدُ ، ثُمَّ كَسَبَ الْعَبْدُ مَا لَا بَعْدَ مَوْتِ  
سَيِّدِهِ وَعَلَى السَيِّدِ دَيْنٌ يُحِيطُ بِتَرْكِهِ . . فَإِنَّ الْعَبْدَ لَا يَعْتَقُ ، وَيُبَاعُ فِي الدَّيْنِ ، وَالْكَسْبُ  
لِلْوَرِثَةِ وَلَا يُقْضَى الدَّيْنُ مِنَ الْكَسْبِ .

وَقَالَ أَبُو سَعِيدٍ الْإِسْطَخْرِيُّ : يَقْضَى الدَّيْنُ مِنَ الْكَسْبِ . وَالْمَنْصُوصُ هُوَ الْأَوَّلُ .

وَإِنْ لَمْ يَكُنْ عَلَى الْمَيِّتِ دَيْنٌ . . فَإِنَّ جَمِيعَ الْكَسْبِ لِلْعَبْدِ إِنْ كَانَ يَخْرُجُ مِنَ الثُّلْثِ .  
وَإِنْ كَانَ لَا يَخْرُجُ مِنَ الثُّلْثِ . . فَلَهُ مِنَ الْكَسْبِ بِقَدَرِ مَا عَتَقَ مِنْهُ ، وَلِلْوَرِثَةِ بِقَدَرِ مَا رَقَّ

منه ، ولا تزادُ التركة هاهنا بالكسب ؛ لأنه حدث في ملكهم . ولا دور في شيء من هذه المسائل .

وإن أعتق عبداً في مرض موته فأكتسب العبدُ ما لا بعد العتق وقبل موت سيده ، فإن خرج العبدُ من الثلث . . كان جميع الكسب للعبد . وإن لم يخرج من الثلث . . دخله الدور ؛ لأن الكسب يتقسط على ما فيه من الحرية والرق ، فما قابل ما فيه من الحرية . . كان للعبد بغير وصية . وما قابل ما فيه من الرق . . فهو للسيد فتزادُ تركته بذلك . فإذا ازدادت التركة . . ازداد العتق ، وإذا ازداد العتق . . ازداد استحقاق العبد من الكسب فدارت المسألة .

فإن كانت قيمة العبد مئة وكسبه مئة ولا مال للسيد غير ذلك . . فحسابه أن تقول : يعتق من العبد شيء ، وله من كسبه شيء من غير وصية فيبقى في يد الورثة مئتان إلا شيئين تعدل مثلي ما عتق منه - وهو شيئان - فإذا جبرت المئتين بالشيئين الناقصين وزدتهما على الشيئين المعادلين . . صار مع الورثة مئتان يعدلان أربعة أشياء ، فإذا قسمت المئتين على أربعة أشياء . . أصاب كل شيء خمسون ، فيعلم أن الشيء المطلوب خمسون - وهو نصف العبد - فيعتق منه نصفه ويتبعه شيء - وهو نصف كسبه - فيبقى مع الورثة من العبد شيء - وهو خمسون - ومن كسبه شيء - وهو خمسون - فذلك مئة ، وهو مثلاً ما عتق منه .

وإنما قلت : يتبعه شيء ؛ لأن الكسب مثل قيمته ، ولو كسب مثلي قيمته . . لقلت : يتبعه شيئان ، وإن كسب ثلاثة أمثال قيمته . . لقلت : يتبعه ثلاثة أشياء . وإن كسب مثلي<sup>(١)</sup> نصف قيمته . . لقلت : يتبعه من كسبه نصف شيء .

وإن ترك السيد مئة ، وكسب العبد مئة ، وقيمة العبد مئة . . فحسابه أن يقول : يعتق من العبد شيء ، وله من كسبه شيء بغير وصية ، فيبقى في يد الورثة ثلاث مئة إلا شيئين تعدل شيئين ، فإذا جبرت . . عدلت الثلاث مئة أربعة أشياء ، الشيء خمسة وسبعون - وهو ثلاثة أرباع العبد - فيعتق ذلك منه ، وله من كسبه مثل ذلك ، فيبقى في

(١) في نسخة : ( مثل ) .

يد الورثة المئة التي تركها مورثهم ، ومن العبد ما قيمته خمسة وعشرون ومن كسبه خمسة وعشرون ، فذلك مئة وخمسون ، وهو<sup>(١)</sup> مثلاً ما عتق من العبد .

وإن كسب العبد مئة ، وقيمته مئة ، وعلى السيد دين مئة دينار ولا مال له غير ذلك . . فحسابه أن نقول :

يعتق من العبد شيء ، وله من كسبه شيء بغير وصية ، فبقي في يد الورثة مئتان إلا شيئين ، يخرج من ذلك مئة للدين ، يبقى مئة إلا شيئين تعدل شيئين ، فإذا جبرت . . عدلت المئة أربعة أشياء ، الشيء خمسة وعشرون ، فيعتق قدر ذلك من العبد - وهو ربعة - وله ربع كسبه ، فبقي في يد الورثة خمسون ، وهو مثلاً ما عتق من العبد .

ولو استقرض السيد في حياته المئة التي كسبها العبد وأتلفها ، ومات ، ولا مال له غير العبد . . قيل للعبد : إن أبرأت مما تستحقه من الكسب . . عتق ثلثك ورق ثلثاك ، وإن طالبت بما تستحقه من الكسب . . فحسابه أن يقال :

يعتق من العبد شيء ، وله من كسبه شيء بغير وصية دين على السيد ، فبقي في يد الورثة مئة إلا شيئين تعدل شيئين ، فإذا جبرت . . عدلت المئة أربعة أشياء ، الشيء ربع العبد ، فيعتق ربعة - وقيمته خمسة وعشرون - ويرق ثلاثة أرباعه - وقيمته خمسة وسبعون - ويقال للورثة : إن اخترتم أن تعطوا العبد من خاص أموالكم خمسة وعشرين - وهو ما يستحقه من كسبه - ملكتم ثلاثة أرباعه . وإن اخترتم بيعه . . بعتم ربعة بدينه ، وملكتم بالإرث نصفه ، وهو مثلاً ما عتق منه .

فإن اختار العبد أن يأخذ ربع رقبته بدينه . . قال ابن اللبان : كان أحق به من الأجنبي . فإذا أخذه . . عتق نصفه .

وإن كان بدل الكسب في هذه المسائل مالا وهب للعبد ، أو أرش جناية عليه ، أو كانت جارية فوطئها رجل بشبهة ، أو حبلت بعد أن اعتقت وولدت ، أو داراً فأستغلت . . فحكمه حكم الكسب على ما ذكرناه .

(١) في ( م ) : ( ذلك ) .

فرع : [أعتق في مرض موته عبداً فزادت قيمته قبل موته] :

وإن أعتق في مرض موته عبداً قيمته مئة ، أو وهبه لغيره وأقبضه ، فزادت قيمة العبد قبل موت سيده ، فبلغت ست مئة ، ومات السيد ولا مال له غير العبد . . فهو كالكسب ، وحسابه أن نقول : يعتق منه شيء ويتبعه بالزيادة خمسة أشياء بغير وصية ، فيبقى في يد الورثة ست مئة إلا ستة أشياء تعدل شيئين ، فإذا جبرت . . عدلت الست مئة ثمانية أشياء ، فإذا قُسمت الست مئة على ثمانية أشياء . . خص كل شيء خمسة وسبعون درهماً ، وهو قيمة ثلاثة أرباعه يوم عتق ، فيعتق ثلاثة أرباعه ، ولا يحتسب على العبد بزيادة قيمة ثلاثة أرباعه ، ويبقى للورثة رُبْعُهُ ، وقيمته يوم مات سيده مئة وخمسون ، وهو مثلاً قيمة ما عتق من العبد يوم العتق .

ولو لم تزد قيمة العبد ولكن نقصت قيمته بعد ما أعتق وقبل أن يقبضه الورثة فبلغت قيمته خمسين . . فحسابه أن نقول : يعتق منه شيء ويبقى مئة إلا شيئاً حصل ذلك في يد الورثة ، وهو خمسون إلا نصف شيء يعدل شيئين ، فإذا جبرت . . عدلت الخمسون شيئين ونصف شيء ، فإذا قُسمتها . . كان الشيء عشرين ، فيعتق ذلك منه - وذلك خُمُسُ العبد يوم أعتق - ويبقى للورثة أربعة أخماسه وقيمته يوم قبضه الورثة أربعون ، وذلك مثلاً ما عتق من العبد . وهكذا الحكم في الهبة .

وفيه وجه آخر : أنه لا يُحتسب على العبد ولا على الموهوب بما نقص من القيمة في يده ، فيصح العتق والهبة في ثلثه ويرق ثلثاه ؛ لأن المعتق والموهوب له لم يستقر ملكهم على ما قبضوا من وصاياهم . ألا ترى أنهم ممنوعون من التصرف فيه حتى تُقسم التركة ؟ فكانت أيديهم كيد المودع الحافظ على الميت تركته حتى تُقسم التركة فلم يضمنوا ، ألا ترى أن التركة لو كانت في يد الورثة وهم ممنوعون من التصرف فيها لحق الغرماء وأهل الوصايا فنقصت في أيديهم ؛ لما احتسب عليهم بما نقص في أيديهم من حقوقهم ؟ فكذلك المعتق والموهوب .

قال ابن اللبان : وظاهر كلام الشافعي بخلاف هذا .



فرعٌ : [وَهَبَ فِي مَرَضٍ مَوْتَهُ وَأَقْبَضَهُ فَمَاتَ الْعَبْدُ] :

فَإِنْ وَهَبَ فِي مَرَضٍ مَوْتَهُ لِغَيْرِهِ عَبْدًا قِيمَتُهُ مِئَةٌ ، وَأَقْبَضَهُ الْمَوْهُوبُ لَهُ ، فَمَاتَ الْعَبْدُ فِي يَدِ الْمَوْهُوبِ لَهُ ، ثُمَّ مَاتَ الْوَاهِبُ وَلَا مَالَ لَهُ غَيْرُ الْعَبْدِ . . ففِيهِ وَجْهَانِ :  
أَحَدُهُمَا : أَنَّ الْهَبَةَ صَحِيحَةٌ ؛ لِأَنَّ الْعَبْدَ لَمْ يَبْقَ ، فَتَقَعَ فِيهِ الْمَوَارِيثُ وَلَا تَرَكَةَ هُنَاكَ فَيَدْخُلُ الْعَبْدُ فِي التَّرَكَةِ لِيَجْرِيَ فِيهَا مَا تُوجِبُهُ الْوَصِيَّةُ .  
وَالثَّانِي : أَنَّ الْهَبَةَ بَاطِلَةٌ ؛ لِأَنَّ هَبَتَهُ فِي مَرَضٍ مَوْتِهِ وَصِيَّةٌ وَلَا تَصَحُّ حَتَّى يَبْقَى لِلْوَرِثَةِ مِثْلَاهُ .

فَعَلَى هَذَا : لَا يَلْزِمُ الْمَوْهُوبُ لَهُ ضَمَانُ الْعَبْدِ ؛ لِأَنَّ الْعَقْدَ الْفَاسِدَ يَجْرِي مَجْرَى الصَّحِيحِ ، فِي الضَّمَانِ .

فَإِنْ كَسَبَ الْعَبْدُ فِي يَدِ الْمَوْهُوبِ لَهُ أَلْفًا ، ثُمَّ مَاتَ الْعَبْدُ ، ثُمَّ مَاتَ سَيِّدُهُ . . صَحَّتِ الْهَبَةُ فِي شَيْءٍ مِنْهُ ، وَلِلْمَوْهُوبِ لَهُ مِنْ كَسْبِهِ عَشْرَةُ أَشْيَاءَ ، فَبَقِيَ فِي يَدِ الْوَرِثَةِ أَلْفٌ إِلَّا عَشْرَةَ أَشْيَاءَ ، تَعْدِلُ شَيْئَيْنِ ، فَإِذَا جُبِرَتْ . . عَدَلَتْ أَثْنِي عَشَرَ شَيْئًا ، فَإِذَا قُسِّمَتِ الْأَلْفُ عَلَى أَثْنِي عَشَرَ شَيْئًا . . أَصَابَ الشَّيْءَ ثَلَاثَةٌ وَثَمَانُونَ وَثُلُثُ دِرْهَمٍ ، وَذَلِكَ خَمْسَةُ أَسْدَاسِ الْعَبْدِ ، وَهُوَ الَّذِي صَحَّتْ فِيهِ الْهَبَةُ . فَلِلْمَوْهُوبِ لَهُ خَمْسَةُ أَسْدَاسِ الْأَلْفِ بِغَيْرِ وَصِيَّةٍ ، وَلِلْوَرِثَةِ الْوَاهِبِ سِدْسُ الْأَلْفِ وَهُوَ مِثْلُ مَا صَحَّتْ فِيهِ الْهَبَةُ وَلَا يُحْتَسَبُ ذَلِكَ عَلَى الْوَرِثَةِ بِمَا تَلَفَ مِنَ الْعَبْدِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَحْصُلْ فِي أَيْدِيهِمْ . وَلَا يَضْمَنُ الْمَوْهُوبُ لَهُ حَصَّةَ الْوَرِثَةِ مِنْهُ ؛ لِأَنَّ يَدَهُ يَدُ أَمَانَةٍ .

فرعٌ : [أَعْتَقَ عَبْدًا فِي مَرَضٍ مَوْتَهُ فَمَاتَا] :

فَإِنْ أَعْتَقَ فِي مَرَضٍ مَوْتَهُ عَبْدًا قِيمَتُهُ مِئَةٌ ، فَمَاتَ الْعَبْدُ ، ثُمَّ مَاتَ السَّيِّدُ وَلَا مَالَ لَهُ . . ففِيهِ وَجْهَانِ :

أَحَدُهُمَا : أَنَّ الْعَبْدَ مَاتَ رَقِيقًا ؛ لِأَنَّ عَتَقَهُ فِي مَرَضٍ الْمَوْتِ وَصِيَّةٌ ، وَلَمْ يَبْقَ لِلْوَرِثَةِ مِثْلُ قِيمَتِهِ .



والثاني : أنه مات حرّاً ؛ لأنَّ عتقَ المريضِ لم يمنعْ ورثتهُ مِنْ إرثه<sup>(١)</sup> ، فصارَ كأنَّه لم يُتلفَ عليهم شيئاً ، فصارَ كعتقِ الصحيح .

فإنْ كسبَ العبدُ مالاً بعدَ عتقه وقَبْلَ موتِ سيِّده ، وماتَ العبدُ وخلفه ، ثمَّ ماتَ سيِّده . . قالَ ابنُ اللَّبانِ : تغيَّرَ هذا المعنى ؛ لأنَّ السيِّدَ ليسَ له أنْ يُدخلَ على ورثته ما يمنعهم ممَّا يلحقُ بحكمِ هذا العبدِ مِنْ كسبه ، ولا يتهيأُ لهم أنْ يأخذوا مالَ حرٍّ إلاَّ مِنْ جهةِ الميراثِ .

فإنْ تركَ العبدُ مئتي درهمٍ فما زادَ ولا وارثَ له إلاَّ مولاهُ . . ماتَ العبدُ حرّاً ، وورثه السيِّدُ بالولاءِ ، وحصلَ لورثة السيِّدِ .

وإنْ تركَ العبدُ مئةَ درهمٍ . . ماتَ العبدُ ونصفه حرٌّ ونصفه رقيقٌ ، وورثَ السيِّدُ نصفَ المئةِ ، ونصفها في حقِّ الملكِ في أحدِ الوجهين . وفي الثاني : ماتَ حرّاً كلُّه ، نصفه بالوصية ؛ لأنَّ معَ ورثة السيِّدِ مثليه ، ونصفه بغيرِ وصية ؛ لأنَّه لم يبقَ حتَّى يجري فيه الميراثُ .

وإنْ تركَ العبدُ مئتي درهمٍ وبنثاً وارثاً ومولاهُ . . فإنْ قلنا بالقولِ الجديدِ ، وأنَّ مَنْ ماتَ وبعضه حرٌّ وبعضه مملوكٌ ورثَ عنه ورثته ما ملكه ببعضه الحرِّ . . دخلها الدَّورُ ، فنقولُ : عتقَ منه شيءٌ وله مِنْ كسبه شيان ، ترثُ البنتُ شيئاً ، ويرثُ المولى شيئاً بحقِّ الولاءِ ، وباقي كسبه للمولى بحقِّ الملكِ ، فيبقى في يدِ المولى مئتانِ إلاَّ شيئاً<sup>(٢)</sup> ، تعدلُ شيئينِ فإذا جُبرتْ . . عدلتِ المئتانِ ثلاثةَ أشياء ، الشيءُ ثلثا المئةِ ، فيعتقُ ثلثا العبدِ ، فيكونُ له ثلثا كسبه وهو مئةٌ وثلاثةٌ وثلاثون وثلثٌ ، فترثُ البنتُ نصفَ ذلك ، ويرثُ المولى نصفَ ذلكَ بحقِّ الولاءِ ، ويأخذُ باقي كسبه بحقِّ الملكِ فيكونُ للمولى مئةٌ وثلاثةٌ وثلاثون وثلثٌ ، وهو مثلاً ما عتقَ مِنَ العبدِ .

وإنْ قلنا بالقولِ القديمِ ، وأنَّ وارثه لا يرثُ عنه ما ملكه ببعضه الحرِّ ، وقلنا : يكونُ لسيِّده . . ماتَ العبدُ حرّاً كلُّه ، وجميعُ كسبه لمولاهُ ، ولا ترثه البنتُ ؛ لأنَّ في

(١) في ( م ) : ( ميراثه ) .

(٢) في ( م ) : ( شيئين ) .

توريثها ما ينقص تركة السيّد فلا يخرج العبد من ثلثه ، فيؤدّي إلى رقّ بعضه ، وإذا رُقّ بعضه . . لم ترثه البنت ، فكان توريثها يؤدّي إلى أن لا ترث ، فمُنعت الإرث .

وإن ترك العبد أربع مئة درهم فصاعداً . . مات العبد حرّاً كلّهُ في أحد القولين وورثت البنت مئتين والسيّد مئتين .

وإن ترك العبد ابناً ومئتي درهم ، وقلنا بالقول الجديد . . عتق من العبد شيء ، وله من كسبه شيان يرثهما أبنته ، والباقي من الكسب للسيّد ، وهو مئتان إلا شيئين تعدل شيئين ، فإذا جُبرت . . عدلت أربعة أشياء ، الشيء خمسون - وهو نصف قيمة العبد - فيعتق نصفه ، فيكون له نصف كسبه ، وهو مئة يرثها أبنته ، ويكون لسيّده نصف كسبه ، وهو مئة ، وذلك مثلاً ما عتق من العبد .

وإن قلنا بالقديم . . مات العبد حرّاً كلّهُ ، وكان الكسب كلّهُ للسيّد ، ولا يرث الابن شيئاً ؛ لأنّ توريثه يؤدّي إلى أن لا يرث على ما تقدّم .

فإن مات ابن العبد بعد العبد ، ثمّ مات السيّد ولا وارث للابن غير مولى أبيه . . عتق جميع العبد ، وورث أبنته جميع المئتين ، ثمّ ورث السيّد ابن العبد ، فيحصل لورثته مثلاً قيمة العبد . فلو لم يخلف العبد شيئاً ولكن خلف ابن العبد مئتي درهم ، وترك مولى أبيه ومولى أمّه . . مات الأب حرّاً ، وورث مولى العبد الابن ، فيحصل مع ورثته مثلاً قيمة العبد .

وإن ترك ابن العبد أقلّ من مثلي قيمة أبيه ، فإن قلنا : إنّ العبد مات رقيقاً . . لم يرث مولى العبد من ابن العبد شيئاً . وإن قلنا : إنّ مات حرّاً . . ورثه .

قال ابن اللّبان : فإن لم يمّت العبد ولكن مات أبنته وخلف ألف درهم ، ثمّ مات السيّد . . عتق العبد ، ولم يرث من أبنته شيئاً ، وورثه السيّد بالولاء .

فإن قيل : فهلاً ورث العبد أبنته وقد تمّ عتقه ؟

قيل : لو ورثه لما خرج من الثلث فيرقّ بعضه فلا يرث ، فكان توريثه يؤدّي إلى قطعه فلم يرث ، فكان السيّد أحقّ بميراثه .

فَإِنْ تَرَكَ ابْنُ الْعَبْدِ مِئَةً . . . عَتَقَ مِنَ الْعَبْدِ شَيْءٌ وَجَرَ<sup>(١)</sup> مِنْ وِلَاءٍ وَلَدِهِ بِقَدْرِ مَا عَتَقَ مِنْهُ ، فَوَرِثَ السَّيِّدُ مِنَ الْمِئَةِ الَّتِي تَرَكَهَا الْإِبْنُ شَيْئاً ، فَيَحْصِلُ ذَلِكَ مَعَ بَاقِي الْعَبْدِ لِوَرِثَةِ السَّيِّدِ ، وَذَلِكَ مِئَةٌ تَعْدَلُ شَيْئَيْنِ ، فَالشَّيْءُ خَمْسُونَ - وَهُوَ نِصْفُ الْعَبْدِ - فَيَعْتَقُ نِصْفُ الْعَبْدِ فَيُجَرُّ إِلَى سَيِّدِهِ نِصْفُ وِلَاءِهِ وَلَدِهِ ، فَيَرِثُ نِصْفَ الْمِئَةِ الَّتِي تَرَكَهَا الْإِبْنُ مَعَ نِصْفِ الْعَبْدِ ، وَذَلِكَ مِئَةٌ مِثْلًا مَا عَتَقَ مِنَ الْعَبْدِ .

وَإِنْ تَرَكَ ابْنُ الْعَبْدِ خَمْسِينَ . . . قُلْتُ : يَعْتَقُ مِنَ الْعَبْدِ شَيْءٌ ، وَوَرِثَ السَّيِّدُ مِمَّا تَرَكَ ابْنُ الْعَبْدِ نِصْفَ شَيْءٍ ، فَبَقِيَ فِي يَدِهِ مِئَةٌ إِلَّا نِصْفَ شَيْءٍ تَعْدَلُ شَيْئَيْنِ ، فَإِذَا جُبِرَتْ . . . عَدَلَتْ شَيْئَيْنِ ، وَنِصْفًا ، الشَّيْءُ خُمُسَا الْمِئَةِ ، فَيَعْتَقُ خُمُسَا الْعَبْدِ وَقِيمَتُهُ أَرْبَعُونَ ، فَيَرِثُ السَّيِّدُ خُمُسِي الْخَمْسِينَ ، وَهُوَ عَشْرُونَ مَعَ مَا بَقِيَ مِنَ الْعَبْدِ - فَذَلِكَ ثَمَانُونَ - وَهُوَ مِثْلًا مَا عَتَقَ مِنَ الْعَبْدِ .

فَرَعٌ : [أَعْتَقَ جَارِيَةً فَوَطَّئَهَا قَبْلَ مَوْتِهِ] :

وَإِنْ أَعْتَقَ فِي مَرَضٍ مَوْتَهُ جَارِيَةً لَهُ قِيمَتُهَا مِئَةٌ ، فَوَطَّئَهَا قَبْلَ مَوْتِهِ ، وَمَهْرُ مِثْلِهَا خَمْسُونَ ، وَلَا مَالَ لَهُ غَيْرُهَا ، ثُمَّ مَاتَ . . . فَحَسَابُهُ أَنْ يُقَالَ :

يَعْتَقُ مِنْهَا شَيْءٌ بِوَصِيَّةٍ ، وَلَهَا عَلَى سَيِّدِهَا نِصْفُ شَيْءٍ بِغَيْرِ وَصِيَّةٍ ، فَبَقِيَ فِي يَدِهِ جَارِيَةٌ قِيمَتُهَا مِئَةٌ إِلَّا شَيْئاً وَنِصْفَ شَيْءٍ تَعْدَلُ شَيْئَيْنِ ، فَإِذَا جُبِرَتْ . . . عَدَلَتْ ثَلَاثَةَ أَشْيَاءَ ، وَنِصْفًا الشَّيْءِ سُبْعَاهَا ، فَيَعْتَقُ سُبْعَا الْجَارِيَةِ ، وَتَسْتَحِقُّ الْجَارِيَةُ سُبْعِي مَهْرِهَا ، وَذَلِكَ قَدْرُ سُبْعِ رَقَبَتِهَا ، فَتَبَاعُ بِمَهْرِهَا ، فَيَبْقَى فِي يَدِ الْوَرِثَةِ أَرْبَعَةُ أَسْبَاعِهَا ، وَهُوَ مِثْلًا مَا عَتَقَ مِنْهَا . فَإِنْ حَبَلَتْ مِنْ هَذَا الْوَطْءِ وَوَلَدَتْ . . . فَفِيهِ وَجْهَانِ :

أَحَدُهُمَا : تَعْتَقُ مِنْ جِهَةِ أَنَّهَا أُمٌّ وَلَدٍ لَا مِنْ جِهَةِ الْوَصِيَّةِ ؛ لِأَنَّ الْمَيِّتَ لَا ثُلْثَ لَهُ .

وَالثَّانِي : تَعْتَقُ مِنْ حِينَ أَعْتَقَهَا سَيِّدُهَا ؛ لِأَنَّهَا لَمْ تَبْقَ عَلَى مِلْكِ الْمَيِّتِ فَتَجْرِي فِي الْمِيرَاثِ وَالْوَصِيَّةِ ، فَصَارَ عَتَقُ الْمَيِّتِ مَانِعاً لِلْوَرِثَةِ مِنْ أَنْ يَرِثُوهَا ، فَيَكُونُ كَعَتَقِ الصَّحِيحِ ، وَيَجِبُ لَهَا الْمَهْرُ فِي ذِمَّةِ السَّيِّدِ .

(١) فِي نَسْخَةِ : ( جَزَاء ) .

قَالَ أَبُو اللَّبَّانِ : وَالْأَوَّلُ أَشْبَهُ بِمَذْهَبِ الشَّافِعِيِّ .

فَإِنْ تَرَكَ السَّيِّدُ مِئَةَ دِرْهَمٍ . . . عَتَقَ مِنْهَا شَيْءٌ بِالْوَصِيَّةِ يَوْمَ أُعْتِقَتْ ، وَلَهَا نِصْفُ شَيْءٍ بِالمَهْرِ تَأْخُذُهُ مِنَ المِئَةِ ، وَيَعْتَقُ بَاقِيهَا بِالْإِحْبَالِ مِنْ رَأْسِ المَالِ ، فَبَقِيَ فِي يَدِ الْوَرِثَةِ مِئَةُ دِرْهَمٍ إِلَّا نِصْفَ شَيْءٍ تَعْدُلُ شَيْئَيْنِ ، فَإِذَا جَبَرْتَهَا . . . عَدَلْتُ شَيْئَيْنِ وَنِصْفًا ، الشَّيْءُ خُمُسُ المِئَةِ - وَهُوَ أَرْبَعُونَ - فَيَعْتَقُ مِنْهَا بِالْوَصِيَّةِ خُمُسَهَا ، وَلَهَا خُمُسُ مَهْرِهَا - وَهُوَ عَشْرُونَ مِنَ المِئَةِ - فَيَبْقَى فِي يَدِ الْوَرِثَةِ ثَمَانُونَ ، وَهُوَ مِثْلًا مَا عَتَقَ مِنْهَا بِالْوَصِيَّةِ .

مَسْأَلَةٌ : [أَعْتَقَ فِي مَرَضٍ مَوْتَهُ عَبْدَيْنِ] :

وَلَوْ أَعْتَقَ فِي مَرَضٍ مَوْتَهُ عَبْدَيْنِ ، قِيَمَةُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِئَةٌ ، أَحَدُهُمَا قَبْلَ الْآخَرِ ، فَكَتَسَبَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِئَةً بَعْدَ الْعَتَقِ وَقَبْلَ مَوْتِ السَّيِّدِ ، وَمَاتَ السَّيِّدُ وَلَا مَالَ لَهُ غَيْرُ ذَلِكَ . . . عَتَقَ الْأَوَّلُ بِالْوَصِيَّةِ وَلَهُ جَمِيعُ كَسْبِهِ بغيرِ وَصِيَّةٍ ، وَلِلْوَرِثَةِ الْعَبْدُ الثَّانِي وَكَسْبُهُ وَذَلِكَ مِثْلًا قِيَمَةِ الْأَوَّلِ .

فَإِنْ كَسَبَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِئَتَيْنِ . . . عَتَقَ الْأَوَّلُ وَلَهُ كَسْبُهُ ، وَعَتَقَ مِنَ الثَّانِي تَمَامَ الثَّلَاثِ ، فَيَقَالُ : عَتَقَ مِنْهُ شَيْءٌ ، وَلَهُ مِنْ كَسْبِهِ شَيْئَانِ ، فَبَقِيَ فِي يَدِ الْوَرِثَةِ ثَلَاثُ مِئَةٍ إِلَّا ثَلَاثَةَ أَشْيَاءَ ، تَعْدُلُ مِثْلِي قِيَمَةِ الْأَوَّلِ وَمِثْلِي مَا عَتَقَ مِنَ الثَّانِي - وَهُوَ مِئَتَانِ وَشَيْئَانِ - فَإِذَا جَبَرَتِ الثَّلَاثَ مِئَةً بِالثَّلَاثَةِ الْأَشْيَاءِ النَاقِصَةِ ، وَزِدْتَهَا عَلَى الشَّيْئَيْنِ الْمَقَابِلَيْنِ لَهَا . . . كَانَتِ الثَّلَاثُ مِئَةً تَعْدُلُ مِئَتِي دِرْهَمٍ وَخَمْسَةَ أَشْيَاءَ ، فَاسْقِطْ مِئَتَيْنِ بِإِزَاءِ مِئَتَيْنِ ، فَبَقِيَ مِئَةٌ تَعْدُلُ خَمْسَةَ أَشْيَاءَ ، الشَّيْءُ خُمُسُ المِئَةِ ، فَيَعْتَقُ خُمُسُ الْعَبْدِ الثَّانِي ، وَقِيَمَةُ مَا عَتَقَ مِنْهُ عَشْرُونَ ، فَيَأْخُذُ خُمُسَ كَسْبِهِ - وَهُوَ أَرْبَعُونَ - فَيَبْقَى فِي يَدِ الْوَرِثَةِ مِنْ قِيَمَةِ الثَّانِي ثَمَانُونَ ، وَمِنْ كَسْبِهِ مِئَةٌ وَسِتُّونَ فَذَلِكَ مِئَتَانِ وَأَرْبَعُونَ وَهُوَ مِثْلًا قِيَمَةِ الْأَوَّلِ وَمِثْلًا مَا عَتَقَ مِنَ الثَّانِي .

فَإِنْ كَسَبَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ثَلَاثَ مِئَةٍ . . . عَتَقَ الْأَوَّلُ وَلَهُ كَسْبُهُ ، وَعَتَقَ مِنَ الثَّانِي شَيْءٌ وَلَهُ مِنْ كَسْبِهِ ثَلَاثَةُ أَشْيَاءَ ، فَبَقِيَ فِي يَدِ الْوَرِثَةِ الثَّانِي وَكَسْبُهُ ، وَهُوَ أَرْبَعُ مِئَةٍ إِلَّا أَرْبَعَةَ أَشْيَاءَ تَعْدُلُ مِثْلِي قِيَمَةِ الْأَوَّلِ وَمِثْلِي مَا عَتَقَ مِنَ الثَّانِي ، وَذَلِكَ مِئَتَانِ وَشَيْئَانِ .



فَإِذَا جَبَرَتِ الْأَرْبَعُ مِئَةً بِالْأَرْبَعَةِ الْأَشْيَاءِ النَّاqِصَةِ وَزِدَّتْهَا عَلَى الشَّيْئَيْنِ الْمَقَابِلَيْنِ . .  
صَارَتْ أَرْبَعُ مِئَةٍ تَعْدُلُ سِتَّةَ أَشْيَاءَ وَمِئَتَيْنِ ، فَأَسْقَطُ مِئَتَيْنِ بِإِزَاءِ مِئَتَيْنِ ، فَتَبْقَى مِئَتَانِ  
تَعْدِلَانِ سِتَّةَ أَشْيَاءَ ، فَالشَّيْءُ الْوَاحِدُ سُدُسُ الْمِئَتَيْنِ ، وَذَلِكَ قَدْرُ ثُلْثِ قِيَمَةِ الثَّانِي ،  
فَيَعْتَقُ ثُلْثُ الثَّانِي ، وَيَتْبَعُهُ ثُلْثُ كَسْبِهِ - وَهُوَ مِئَةٌ - فَيَبْقَى مَعَ الْوَرِثَةِ ثُلَاثَا رَقَبَةٍ الثَّانِي وَثُلَاثَا  
كَسْبِهِ ، وَذَلِكَ مِثْلًا قِيَمَةِ الْأَوَّلِ وَمِثْلًا مَا عَتَقَ مِنَ الثَّانِي .

وَلَوْ لَمْ يَعْتَقِ أَحَدَهُمَا بَعْدَ الْآخِرِ وَلَكِنْ أَعْتَقَهُمَا بِكَلِمَةٍ وَاحِدَةٍ . . أَقْرَعَ بَيْنَهُمَا ، فَمَنْ  
خَرَجَتْ عَلَيْهِ قِرْعَةُ الْعَتَقِ مِنْهُمَا . . كَانَ كَمَا لَوْ بَدَأَ بَعْتَقَهُ .

فِرْعٌ : [أَعْتَقَ ثَلَاثَةَ أَعْبُدَ فِي مَرَضٍ مَوْتِهِ] :

وَإِنْ أَعْتَقَ فِي مَرَضٍ مَوْتَهُ ثَلَاثَةَ أَعْبُدَ لَهُ ، قِيَمَةُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ مِئَةٌ ، أَحَدَهُمْ بَعْدَ  
الْآخِرِ ، فَكَتَسَبَ الْأَوَّلُ بَعْدَ عَتَقِهِ وَقَبْلَ مَوْتِ سَيِّدِهِ مِئَةً ، وَمَاتَ السَّيِّدُ وَلَا مَالَ لَهُ  
غَيْرُهُمْ . . عَتَقَ الْأَوَّلُ وَلَهُ كَسْبُهُ ، وَرَقَّ الْآخِرَانِ وَقِيَمَتُهُمَا مِثْلًا قِيَمَةِ الْأَوَّلِ .

وَإِنْ كَسَبَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ مِئَةً . . عَتَقَ الْأَوَّلُ وَتَبَعَهُ كَسْبُهُ ، وَعَتَقَ مِنَ الثَّانِي شَيْءٌ وَلَهُ  
مِنْ كَسْبِهِ شَيْءٌ ، فَبَقِيَ فِي يَدِ الْوَرِثَةِ أَرْبَعُ مِئَةٍ إِلَّا شَيْئَيْنِ تَعْدُلُ مِئَتَيْنِ ، وَهُوَ مِثْلًا قِيَمَةِ  
الْأَوَّلِ وَشَيْئَيْنِ ، فَإِذَا جُبِرَتْ . . عَدَلَتْ الْأَرْبَعُ مِئَةُ مِئَتَيْنِ وَأَرْبَعَةَ أَشْيَاءَ ، فَأَسْقَطُ مِئَتَيْنِ  
بِإِزَاءِ مِئَتَيْنِ ، فَيَبْقَى مِثْلَانِ يَعْدِلَانِ أَرْبَعَةَ أَشْيَاءَ - الشَّيْءُ خَمْسُونَ - فَيَعْتَقُ نِصْفُ الثَّانِي  
وَيَتْبَعُهُ نِصْفُ كَسْبِهِ ، فَيَبْقَى مَعَ الْوَرِثَةِ نِصْفُ الثَّانِي وَنِصْفُ كَسْبِهِ ، وَالثَّلَاثُ وَكَسْبُهُ -  
وَذَلِكَ ثَلَاثُ مِئَةٍ - وَهُوَ مِثْلًا قِيَمَةِ الْأَوَّلِ وَمِثْلًا مَا عَتَقَ مِنَ الثَّانِي .

فَإِنْ كَسَبَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ ثَلَاثَ مِئَةٍ . . عَتَقَ الْأَوَّلُ وَالثَّانِي ، وَلَهُمَا كَسْبُهُمَا ، وَكَانَ  
لِلْوَرِثَةِ الثَّلَاثُ وَكَسْبُهُ ، وَذَلِكَ مِثْلًا قِيَمَةِ الْأَوَّلِ وَالثَّانِي .

وَإِنْ كَسَبَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ خَمْسَ مِئَةٍ . . عَتَقَ الْأَوَّلُ وَالثَّانِي ، وَلَهُمَا كَسْبُهُمَا ،  
وَعَتَقَ مِنَ الثَّلَاثِ شَيْءٌ وَلَهُ مِنْ كَسْبِهِ خَمْسَةُ أَشْيَاءَ ، فَيَبْقَى فِي يَدِ الْوَرِثَةِ سِتُّ مِئَةٍ إِلَّا سِتَّةَ  
أَشْيَاءَ تَعْدُلُ مِثْلِي قِيَمَةِ الْأَوَّلِ وَالثَّانِي وَمَا عَتَقَ مِنَ الثَّلَاثِ ، وَذَلِكَ أَرْبَعُ مِئَةٍ وَشَيْئَانِ ، فَإِذَا  
جُبِرَتْ . . عَدَلَتْ السِّتُّ مِئَةً أَرْبَعَ مِئَةٍ وَثَمَانِيَةَ أَشْيَاءَ ، فَأَسْقَطُ أَرْبَعَ مِئَةٍ بِإِزَاءِ أَرْبَعِ مِئَةٍ ،



فيبقى مئتان تعدلان ثمانية أشياء ، الشيء خمسة وعشرون - وهو رُبْع قيمة الثالث - فيعتق رُبْعُهُ ويتبعه رُبْعُ كسبه ، فيبقى من<sup>(١)</sup> الثالث ومن كسبه أربع مئة وخمسون ، وذلك مثلاً قيمة الأول والثاني ومثلاً ما عتق من الثالث .

وإن أعتقهم بكلمة واحدة وكسب أحدهم مئة لا غير . . أقرع بينهم ، فإن خرجت قرعة العتق على المكتسب . . عتق جميعه وتبعه كسبه ، ورق الآخراين وقيمتها مثلاً قيمة الأول .

وإن خرجت قرعة العتق على أحد الآخرین . . عتق جميعه وبقي من الثلث شيء ، فيقرع بين المكتسب وبين الباقي من العبدین اللذين لم يكتسبا ، فإن خرجت قرعة العتق على الذي لم يكتسب . . عتق ثلثه ورق ثلثاه والمكتسب وكسبه ، فيبقى مع الورثة مئتان وستة وستون وثلثان ، وذلك مثلاً قيمة الأول وما عتق من الثاني .

وإن خرجت قرعة العتق على المكتسب . . عتق منه شيء وله من كسبه شيء ، فيبقى في يد الورثة باقي رقبته وباقي كسبه وجميع العبد الآخر ، وذلك ثلاث مئة إلا شيئين تعدل مثلي قيمة الأول وما عتق من الثاني - وذلك مئتان وشيئان - فإذا جبرت الثلاث مئة بالشيئين الناقصين وزدتهما على الشيئين المقابلين لها . . صارت الثلاث مئة تعدل مئتين وأربعة أشياء ، فأسقط مئتين بإزاء مئتين ، فيبقى مئة تعدل أربعة أشياء ، الشيء رُبْعها ، فيعتق رُبْع العبد ويتبعه رُبْع كسبه ، فيبقى مع الورثة ثلاثة أرباعه وثلاثة أرباع كسبه والعبد الآخر ، ومبلغ ذلك مئتان وخمسون ، وذلك مثلاً قيمة الأول وما عتق من الثاني .

وإن أعتق الثلاثة بكلمة واحدة ، وكسب كل واحد منهم مئة . . أقرع بينهم ، فمن خرج له سهم العتق . . عتق جميعه وتبعه كسبه ، وقد بقي من الثلث شيء فيقرع بين الآخرین ، فمن خرج له سهم العتق . . عتق منه شيء وتبعه من كسبه شيء ، فيبقى في يد الورثة أربع مئة إلا شيئين تعدل مئتين وشيئين ، فإذا جبرت . . عدلت مئتين وأربعة أشياء ، فأسقط مئتين بإزاء مئتين ، فيبقى مئتان تعدل أربعة أشياء - الشيء خمسون -

(١) في نسخة : ( مع ) .

فَيَعْتَقُ نِصْفُ الثَّانِي <sup>(١)</sup> وَيَتَّبَعُهُ <sup>(٢)</sup> نِصْفُ كَسْبِهِ ، وَيَبْقَى مَعَ الْوَرِثَةِ نِصْفُهُ وَنِصْفُ كَسْبِهِ وَجَمِيعُ الثَّلَاثِ وَكَسْبُهُ ، وَذَلِكَ ثَلَاثُ مِائَةٍ ، وَهُوَ مِثْلًا قِيَمَةُ الْأَوَّلِ وَمَا عَتَقَ مِنَ الثَّانِي .  
وَإِنْ كَانَتْ قِيَمَةُ أَحَدِهِمْ ثَلَاثَ مِائَةٍ وَكَسْبُهُ ثَلَاثَ مِائَةٍ ، وَقِيَمَةُ آخَرَ مِائَتَيْنِ وَكَسْبُهُ مِائَتَيْنِ ، وَقِيَمَةُ الثَّلَاثِ مِائَةٌ وَكَسْبُهُ مِائَةٌ ، وَأَعْتَقَهُمْ بِكَلِمَةٍ وَاحِدَةٍ وَمَاتَ ، وَلَا مَالَ لِلسَّيِّدِ غَيْرُ ذَلِكَ . . أَقْرَعَ بَيْنَهُمْ .

فَإِنْ خَرَجَ سَهْمُ الْعَتَقِ عَلَى مَنْ قِيَمَتُهُ ثَلَاثُ مِائَةٍ . . عَتَقَ جَمِيعُهُ وَلَهُ <sup>(٣)</sup> كَسْبُهُ ، وَكَانَ لِلْوَرِثَةِ الْآخِرَانِ وَكَسْبُهُمَا ، وَمَبْلَغُ ذَلِكَ سِتُّ مِائَةٍ ، وَهُوَ مِثْلًا قِيَمَةُ الْمَعْتَقِ .

وَإِنْ خَرَجَ سَهْمُ الْعَتَقِ عَلَى مَنْ قِيَمَتُهُ مِائَتَانِ . . عَتَقَ جَمِيعُهُ وَتَبَعَهُ كَسْبُهُ وَبَقِيَ مِنَ الثَّلَاثِ بَعْضُهُ ، فَتُعَادُ الْقُرْعَةُ بَيْنَ الْآخَرَيْنِ ، فَإِنْ خَرَجَ سَهْمُ الْعَتَقِ عَلَى مَنْ قِيَمَتُهُ مِائَةٌ . . عَتَقَ جَمِيعُهُ وَتَبَعَهُ كَسْبُهُ ، وَبَقِيَ لِلْوَرِثَةِ الَّذِي قِيَمَتُهُ ثَلَاثُ مِائَةٍ وَكَسْبُهُ ، وَذَلِكَ مِثْلًا قِيَمَةُ الْعَبْدَيْنِ الْمَعْتَقَيْنِ . وَإِنْ خَرَجَ سَهْمُ الْعَتَقِ عَلَى مَنْ قِيَمَتُهُ ثَلَاثُ مِائَةٍ . . عَتَقَ مِنْهُ شَيْءٌ وَتَبَعَهُ مِنْ كَسْبِهِ شَيْءٌ ، فَيَبْقَى فِي يَدِ الْوَرِثَةِ ثَمَانُ مِائَةٍ إِلَّا شَيْئَيْنِ تَعْدُلُ أَرْبَعَ مِائَةٍ وَشَيْئَيْنِ ، فَاجْبُرِ الثَّمَانِيَّ مِائَةً بِالشَّيْئَيْنِ النَاقِصَيْنِ وَزِدْهُمَا عَلَى الشَّيْئَيْنِ الْمَقَابِلَيْنِ لَهَا <sup>(٤)</sup> مَعَ أَرْبَعِ مِائَةٍ ، فَتَكُونُ ثَمَانِيَّ مِائَةٍ تَعْدُلُ أَرْبَعَ مِائَةٍ وَأَرْبَعَةَ أَشْيَاءَ ، فَتَسْقُطُ أَرْبَعُ مِائَةٍ بِإِزَاءِ أَرْبَعِ مِائَةٍ ، فَيَبْقَى أَرْبَعُ مِائَةٍ تَعْدُلُ أَرْبَعَةَ أَشْيَاءَ ، فَالشَّيْءُ مِائَةٌ ، وَهُوَ ثُلُثُ الْعَبْدِ الْمَقُومِ بِثَلَاثِ مِائَةٍ ، فَيَعْتَقُ ثُلَاثُهُ وَيَتَّبَعُهُ ثُلُثُ كَسْبِهِ ، وَيَبْقَى مَعَ الْوَرِثَةِ ثُلَاثُ مِائَةٍ وَثُلَاثَا كَسْبِهِ وَالْمَقُومُ بِمِائَةٍ وَكَسْبِهِ ، وَذَلِكَ سِتُّ مِائَةٍ ، وَهُوَ مِثْلًا قِيَمَةُ الْأَوَّلِ وَمَا عَتَقَ مِنَ الثَّانِي .

وَإِنْ خَرَجَ سَهْمُ الْعَتَقِ أَوَّلًا عَلَى الْمَقُومِ بِمِائَةٍ . . عَتَقَ كُلَّهُ وَتَبَعَهُ كَسْبُهُ ، وَبَقِيَ بَعْضُ الثَّلَاثِ ، فَتُعَادُ الْقُرْعَةُ بَيْنَ الْآخَرَيْنِ ، فَإِنْ خَرَجَ سَهْمُ الْعَتَقِ عَلَى الْمَقُومِ بِمِائَتَيْنِ . . عَتَقَ جَمِيعُهُ وَتَبَعَهُ كَسْبُهُ ، وَرَقَّ الثَّلَاثُ وَقِيَمَتُهُ ثَلَاثُ مِائَةٍ وَكَسْبُهُ ثَلَاثُ مِائَةٍ ، وَذَلِكَ مِثْلًا قِيَمَةُ الْعَبْدَيْنِ الْمَعْتَقَيْنِ .

(١) فِي ( م ) : ( الْبَاقِي ) .

(٢) فِي نَسْخَةٍ : ( وَلَهُ ) وَكَذَا فِي مَوَاضِعَ آتِيَةٍ .

(٣) فِي نَسْخَةٍ : ( وَأَخَذَ ) .

(٤) فِي نَسْخَتَيْنِ : ( الْمَعَادِلِينَ لَهَا ) .

وإن خرج سهم العتق على المقوم بثلاث مئة . . عتق منه شيء وتبعه من كسبه شيء ، فيبقى في يد الورثة ألف إلا شيئين تعدل مئتين وشيئين ، فإذا جبرت . . عدلت مئتين وأربعة أشياء ، فأسقط مئتين بإزاء مئتين ، فيبقى ثمان مئة تعدل أربعة أشياء - الشيء مئتان - وذلك ثلثا العبد المقوم بثلاث مئة ، فيعتق ثلثاه ويتبعه ثلثا كسبه ، فيبقى مع الورثة ثلثه وثلث كسبه وجميع العبد المقوم بمئتين وجميع كسبه ، وذلك كله ست مئة ، وهو مثلا قيمة الأول وما عتق من الثاني .

والله أعلم وبالله التوفيق

\* \* \*

## بابُ القرعة<sup>(١)</sup>

إذا أعتقَ عبيداً له في مرضٍ موته في حالةٍ واحدةٍ ، وماتَ ولمَ يحتملهمُ الثلثُ ، ولمَ يُجزِ الورثةُ . . أقرعَ بينهم . وبه قالَ مالكٌ وأحمدُ .

وقالَ أبو حنيفة : ( يَعتقُ مِنْ كُلِّ واحدٍ منهمُ ثلثُهُ ويُستسعى في قيمةِ باقيهِ ) .

دليلنا : ما روى عمرانُ بنُ الحصينِ : ( أَنَّ رجلاً أعتقَ في مرضٍ موتهِ ستَّةَ أَعبدٍ<sup>(٢)</sup> ولا مالَ له غيرُهُم ، فأقرعَ النبي ﷺ بينهم ، فأعتقَ اثنينٍ منهم ، وأرقَّ أربعةً ) .

إذا ثبتَ هذا : فإنَّ كانَ القصدُ عتقَ الثلثِ . . ففيهِ ستُّ مسائلٍ :

الأولى : أنَّ يكونَ لهمُ ثلثٌ صحيحٌ وتكونَ قيمتُهُم متساويةً ، بأنَّ كانوا ثلاثةَ أَعبدٍ قيمةً كلِّ واحدٍ منهمُ مئةً ، أو ستَّةَ أَعبدٍ قيمةً كلِّ واحدٍ مئةً ، فإنَّ كانوا ستَّةً . . جعلَ كلَّ اثنينٍ جزءاً ، ثمَّ يُؤخذُ ثلاثُ رِقايعٍ متساويةٍ فيُكتبُ في كلِّ رُقعةٍ ما يريدُ ، وتُتركُ في ثلاثِ بنادقٍ<sup>(٣)</sup> مِنْ طينٍ أو شمعٍ متساويةِ الصفةِ والوزنِ ، وتجفَّفُ وتغطَّى بثوبٍ ، ويُقالُ لرجلٍ لمَ يحضِرِ الكتابةَ والبندقةَ : أخرجَ بُندقةً ، فيعملُ بما فيها .

ثمَّ هو بالخيارِ : بينَ أنَّ يكتبَ الأسماءَ وبينَ أنَّ يكتبَ الحرِّيَّةَ والرقَّ ، فإنَّ اختارَ أنَّ يكتبَ الأسماءَ . . كتبَ في كلِّ رُقعةٍ أسمَ اثنينٍ .

ثمَّ إنَّ شاءَ أخرجَ على الرقَّ ، وإنَّ شاءَ أخرجَ على الحرِّيَّةِ . فإنَّ أخرجَ على الرقَّ . . أخرجَ رُقعةً ، ويقولُ : مَنْ فيها رقيقٌ ، فيفتحُ وينظرُ مَنْ فيها ، فيرقُّ ، ثمَّ يُخرجُ رُقعةً

(١) القرعة : مأخوذة من قرعته : إذا كففته ، كأنه كفَّ الخصوم بذلك ، ومنه سميت المقرعة ؛ لأنه يكفُّ بها الدابة .

(٢) في نسختين : ( مملوكين له ) .

(٣) البنادق - جمعٌ ، والراحدة بُندقة - : وهي كرة صغيرة يرمى بها ، بحجم حبة البندق من المكسرات .

أُخْرَى فَيَقُولُ : مَنْ فِيهَا رَقِيقٌ ، فَيَنْظُرُ مَنْ فِيهَا ، فَيَرُقُّ ، وَتَتَعَيَّنُ الْحَرِّيَّةُ<sup>(١)</sup> لِمَنْ فِي الثَّالِثَةِ وَلَا يَحْتَاجُ إِلَى إِخْرَاجِهَا ؛ لِأَنَّهُ لَا فَائِدَةَ فِي إِخْرَاجِهَا .

وَإِنْ شَاءَ أَخْرَجَ أَوَّلًا عَلَى الْحَرِّيَّةِ ، فَيُخْرِجُ رُقْعَةً فَيَقُولُ : مَنْ فِيهَا حُرٌّ ، فَيَنْظُرُ مَنْ فِيهَا ، فَيَعْتَقُ ، وَيَرُقُّ مَنْ فِي الرُّقْعَتَيْنِ الْبَاقِيَتَيْنِ ، وَلَا يَحْتَاجُ إِلَى إِخْرَاجِهَا . وَالْإِخْرَاجُ عَلَى الْحَرِّيَّةِ أَوْلَى ؛ لِأَنَّهُ أَقْرَبُ .

وَإِنْ اخْتَارَ كَتَبَ الْحَرِّيَّةَ وَالرَّقَّ . . كَتَبَ فِي رُقْعَةٍ حُرٌّ وَفِي رُقْعَتَيْنِ رَقٌّ ، ثُمَّ يُخْرِجُ الرَّجُلَ رُقْعَةً وَيَضَعُهَا عَلَى جُزْءٍ مِنَ الثَّلَاثَةِ الْأَجْزَاءِ ، وَيَنْظُرُ مَا فِيهَا ، فَإِنْ كَانَ فِيهَا الْحَرِّيَّةُ . . عَتَقَ ذَلِكَ الْجُزْءَ وَرَقَّ الْجُزْءَانِ الْآخَرَانِ ، وَلَا يَحْتَاجُ إِلَى إِخْرَاجِ الرُّقْعَتَيْنِ الْبَاقِيَتَيْنِ ؛ لِأَنَّهُ لَا فَائِدَةَ فِي ذَلِكَ .

وَإِنْ خَرَجَ فِي الرُّقْعَةِ الْأُولَى الرَّقَّ . . حَكَمَ بِرَقِّ ذَلِكَ الْجُزْءِ الَّذِي خَرَجَتْ عَلَيْهِ ، ثُمَّ يُخْرِجُ رُقْعَةً ثَانِيَةً عَلَى جُزْءٍ ثَانٍ ، فَإِنْ خَرَجَ فِيهَا رَقٌّ . . حَكَمَ بِرَقِّ ذَلِكَ الْجُزْءِ وَتَعَيَّنَ الْعَتَقُ لِلْجُزْءِ الثَّالِثِ . وَإِنْ خَرَجَ فِي الثَّانِيَةِ الْحَرِّيَّةُ . . عَتَقَ الْجُزْءَ الثَّانِي وَرَقَّ الثَّالِثُ ، وَلَا يَفْتَقِرُ إِلَى إِخْرَاجِ الرُّقْعَةِ الثَّالِثَةِ .

الْمَسْأَلَةُ الثَّانِيَةُ : أَنْ يَكُونَ لِعَدَدِهِمْ ثُلْثٌ صَحِيحٌ وَقِيَمَتُهُمْ مُخْتَلِفَةٌ إِلَّا أَنَّهُ يُمْكِنُ تَعْدِيلُ قِيَمَتِهِمْ ، مِثْلُ : أَنْ يَكُونُوا سِتَّةَ قِيَمَةٍ أَثْنَيْنِ أَلْفَانِ ، وَقِيَمَةُ أَثْنَيْنِ أَرْبَعَةِ آلَافٍ ، وَقِيَمَةُ أَثْنَيْنِ سِتَّةَ آلَافٍ ، فَيُجْعَلُ الْعَبْدَانِ اللَّذَانِ قِيَمَتُهُمَا أَرْبَعَةُ آلَافٍ جُزْءًا ، وَيُجْعَلُ أَحَدُ الْعَبْدَيْنِ الْمُقَوِّمِينَ بِالْفَيْنِ مَعَ أَحَدِ الْعَبْدَيْنِ الْمُقَوِّمِينَ بِسِتَّةِ آلَافٍ جُزْءًا ، وَكَذَلِكَ يُفْعَلُ بِالْآخَرَيْنِ ، فَيَصِيرُونَ ثَلَاثَةَ أَجْزَاءٍ كُلُّ جُزْءٍ قِيَمَتُهُ أَرْبَعَةُ آلَافٍ ، ثُمَّ يُقَرَّعُ بَيْنَهُمْ ، عَلَى مَا ذَكَرْنَاهُ فِي الَّتِي قَبْلَهَا .

الْمَسْأَلَةُ الثَّالِثَةُ : أَنْ يَكُونَ لِعَدَدِهِمْ ثُلْثٌ صَحِيحٌ ، وَقِيَمَتُهُمْ مُخْتَلِفَةٌ ، وَلَا يُمْكِنُ تَعْدِيلُهُمْ بِالْعَدَدِ وَالْقِيَمَةِ ، فَإِنْ عُدِّلُوا بِالْعَدَدِ . . اخْتَلَفَتْ قِيَمَتُهُمْ . وَإِنْ عُدِّلُوا بِالْقِيَمَةِ . . اخْتَلَفَ عَدَدُهُمْ ، وَإِنَّمَا يُمْكِنُ بِأَحَدِهِمَا . فَإِنْ كَانُوا سِتَّةَ قِيَمَةٍ وَاحِدِ أَلْفٍ ، وَقِيَمَةُ أَثْنَيْنِ أَلْفٍ ، وَقِيَمَةُ ثَلَاثَةِ أَلْفٍ . . فَفِيهِ وَجْهَانِ :

(١) فِي ( م ) : ( حُرٌّ وَيَتَعَيَّنُ الْعَتَقُ ) .



أحدهما - وهو المنصوص - : ( أَنَّهُمْ يُعَدَّلُونَ بِالْقِيَمَةِ ، فَيُجْعَلُ الْعَبْدُ الَّذِي قِيَمَتُهُ أَلْفٌ جُزْءاً ، وَالْعَبْدَانِ اللَّذَانِ قِيَمَتُهُمَا أَلْفٌ جُزْءاً ، وَالثَّلَاثَةُ الَّذِينَ قِيَمَتُهُمْ أَلْفٌ جُزْءاً ، ثُمَّ يُقْرَعُ بَيْنَهُمْ عَلَى مَا تَقَدَّمَ ) .

و[الثاني] : مِنْ أَصْحَابِنَا مَنْ قَالَ : يُعَدَّلُونَ بِالْعَدَدِ ، فَيُجْعَلُ كُلُّ اثْنَيْنِ جُزْءاً ، فَيُجْعَلُ الْعَبْدَانِ الْمُقَوَّمَانِ بِأَلْفٍ جُزْءاً - وَهُوَ قَدْرُ الثُّلْثِ - وَيُجْعَلُ الْعَبْدُ الْمُقَوَّمُ بِأَلْفٍ مَعَ أَحَدِ الثَّلَاثَةِ الْمُقَوَّمِينَ بِأَلْفٍ جُزْءاً وَقِيَمَتُهُمَا أَكْثَرُ مِنَ الثُّلْثِ ، وَيُجْعَلُ الْعَبْدَانِ الْآخَرَانِ مِنَ الثَّلَاثَةِ جُزْءاً وَقِيَمَتُهُمَا أَقَلُّ مِنَ الثُّلْثِ ، ثُمَّ يُقْرَعُ بَيْنَهُمْ عَلَى مَا مَضَى .

فَإِنْ خَرَجَتِ الْحَرِّيَّةُ عَلَى الْمُقَوَّمِينَ بِأَلْفٍ . . عَتَقَا وَقِيَمَتُهُمَا الثُّلْثُ ، وَرَقَّ بَاقِي الْعَبِيدِ .

وَإِنْ خَرَجَتِ الْحَرِّيَّةُ عَلَى الْمُقَوَّمِينَ بِأَلْفٍ وَثُلْثِ الْأَلْفِ . . فَلَا يُمْكِنُ عَتَقُهُمَا ، فَيُقْرَعُ بَيْنَهُمَا ، فَإِنْ خَرَجَتِ الْحَرِّيَّةُ عَلَى الْمُقَوَّمِ بِأَلْفٍ . . عَتَقَ وَرَقَّ الْآخَرُ مَعَ بَاقِي الْعَبِيدِ . وَإِنْ خَرَجَتِ الْحَرِّيَّةُ عَلَى الْمُقَوَّمِ بِثُلْثِ الْأَلْفِ . . عَتَقَ وَعَتَقَ ثُلَاثًا الْمُقَوَّمِ بِأَلْفٍ وَرَقَّ ثُلَاثُهُ وَبَاقِي الْعَبِيدِ .

وَإِنْ خَرَجَتِ الْحَرِّيَّةُ عَلَى الْمُقَوَّمِينَ بِثُلَاثِي الْأَلْفِ . . عَتَقَا وَقَدْ بَقِيَ بَعْضُ الثُّلْثِ ، ثُمَّ يُقْرَعُ بَيْنَ الْجُزْأَيْنِ الْآخَرَيْنِ لِتَمَامِ الثُّلْثِ . فَإِنْ خَرَجَ سَهْمُ الْعَتَقِ عَلَى الْعَبْدَيْنِ الْمُقَوَّمِينَ بِأَلْفٍ . . أُعِيدَتِ الْقُرْعَةُ بَيْنَ<sup>(١)</sup> هَٰذَيْنِ الْعَبْدَيْنِ ، فَأَيُّهُمَا خَرَجَ عَلَيْهِ سَهْمُ الْعَتَقِ . . عَتَقَ ثُلَاثُهُ وَرَقَّ ثُلَاثُهُ مَعَ بَاقِي الْعَبِيدِ . وَإِنْ خَرَجَ سَهْمُ الْعَتَقِ فِي الْمَرَّةِ الثَّانِيَةِ عَلَى الْمُقَوَّمِينَ بِأَلْفٍ وَثُلْثِ الْأَلْفِ . . أُعِيدَتِ الْقُرْعَةُ بَيْنَهُمَا ، فَإِنْ خَرَجَ سَهْمُ الْعَتَقِ عَلَى الْمُقَوَّمِ بِثُلْثِ الْأَلْفِ . . عَتَقَ جَمِيعُهُ وَرَقَّ الْآخَرُ مَعَ الْعَبْدَيْنِ الْمُقَوَّمِينَ بِأَلْفٍ . وَإِنْ خَرَجَ سَهْمُ الْعَتَقِ عَلَى الْمُقَوَّمِ بِأَلْفٍ . . عَتَقَ ثُلَاثُهُ وَرَقَّ ثُلَاثُهُ مَعَ الثَّلَاثَةِ الْبَاقِينَ .

وَأَصْلُ هَٰذَيْنِ الْوَجْهَيْنِ الْاِخْتِلَافُ فِي تَأْوِيلِ حَدِيثِ عِمْرَانَ بْنِ الْحُصَيْنِ ، فَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : ( إِنَّمَا جَزَاءُ هُمُ النَّبِيِّ ﷺ ثَلَاثَةُ أَجْزَاءٍ ؛ لِأَنَّ قِيَمَتَهُمْ تَسَاوَتْ ) . وَهَٰذَا الْقَائِلُ يَقُولُ : إِنَّمَا فَعَلَ النَّبِيُّ ﷺ ذَلِكُمْ لِأَنَّ عَدَدَهُمْ كَانَ مُسْتَوِيًّا .

(١) فِي ( م ) : ( مِنْ ) .

والصحيحُ هو الأولُ ؛ لأنه أقربُ . وفيما قالَ هذا القائلُ . . يحتاجُ إلى إعادةِ القرعةِ .

المسألةُ الرابعةُ : إذا كانَ لِعَدَدِهِمْ ثلثُ صحيحٍ والقيَمُ مختلفةٌ ولا يمكنُ تعديلُ السهامِ بالقيمةِ ، مثلُ أن كانوا ستَّةَ قيمةٍ واحدٍ ألفانِ ، وقيمةُ اثنين ألفٌ ، وقيمةُ ثلاثة ألفٌ :

قالَ المحامليُّ : فعلى منصوصِ الشافعيِّ رحمه الله تعالى يُعتبرُ تفاوتُ<sup>(١)</sup> القيمةِ ، فيُجعلُ العبدُ الذي قيمتهُ ألفانِ جزءاً ، والعبدانِ اللذانِ قيمتهما ألفٌ جزءاً ، والثلاثةُ الذينَ قيمتهم ألفٌ جزءاً ، فإن خرجَ سهمُ العتقِ على العبدِ المقوِّمِ بألفينِ . . عتقَ منه قدرُ ثلثِ التركةِ ورقاً باقيةً وباقي العبيدِ . وإن خرجَ سهمُ العتقِ على العبدِ المقوِّمِ بألفٍ . . عتقا وأقرعَ بينَ الباقيينَ ، فيعتقُ منهم تمامُ الثلثِ بالقرعةِ ، وكذلكَ إن خرجَ سهمُ العتقِ على الثلاثةِ المقوِّمينَ بألفٍ . . عتقوا ، ثمَّ يُقرعُ بينَ الباقيينَ ، فيعتقُ منهم تمامُ الثلثِ .

وعلى قولِ ذلكَ القائلِ مِنْ أصحابِنَا : يُسوَّى بينهم في العددِ ، فيُجعلُ كلُّ اثنينِ جزءاً ، ثمَّ يُقرعُ بينهم على ما ذكرناه .

وإن كانوا خمسةَ قيمةٍ واحدٍ ألفٌ ، وقيمةُ اثنين ألفٌ ، واثنين ألفٌ . . قالَ ابنُ الصَّبَّاحِ : فإنَّ هاهنا يُعدَّلونَ بالقيمةِ وَجهاً واحداً .

المسألةُ الخامسةُ : إذا اختلفَ عددهم وقيمتهم ، ولا يُمكنُ تعديلُهم بواحدٍ منهما ، بأن كانوا خمسةَ قيمةٍ واحدٍ ألفٌ وقيمةُ اثنين ألفٌ وقيمةُ اثنين ثلاثةَ آلافٍ . . ففيهِ قولانِ :

أحدهما : لا يُجزَّؤونَ ، بل تخرجُ قرعةُ العتقِ على واحدٍ واحدٍ حتَّى يُستوفى الثلثُ .

والثاني : أنَّهم يُجزَّؤونَ ثلاثةَ أجزاءٍ بالقيمةِ ، فيُجعلُ العبدُ المقوِّمُ بألفٍ جزءاً ،

(١) في نسخة : (تقارب) .

وكلُّ اثنينٍ مِنَ الأربعةِ جزءاً ، ثُمَّ يُقرَعُ بينهم على ما ذكرناه ؛ لأنَّ ذلكَ أقربُ إلى ما فعله النبي ﷺ .

إذا ثبتَ هذا : فذكرَ في « المهدَّب » : إذا اختلفَ العددُ والقيمةُ ، ولم يُمكنِ التعديلُ بالعددِ ولا بالقيمةِ ، بأنَّ كانوا خمسةَ قيمةً واحدٍ مئةً وقيمةً الثاني مئتانِ وقيمةً الثالثِ ثلاثُ مئةٍ وقيمةً الرابعِ أربعُ مئةٍ وقيمةً الخامسِ خمسُ مئةٍ . . ففيه قولان .

فقال شيخنا الإمامُ الفقيهُ زيدُ بنُ عبيدِ الله : ليستَ هذهِ المسألةُ مسألةَ القولينِ ؛ لأنَّه يُمكنُ تعديلُهم هاهنا بالقيمةِ ، وإنَّما مسألةُ القولينِ إذا لم يُمكنَ تعديلُهم بالقيمةِ .

المسألةُ السادسةُ : أن يكونَ أعتقَ اثنينِ : فإنَّه يُقرَعُ بينهما ، فإن خَرَجَتْ قرعةُ العتقِ على أحدهما . . نظرتَ : فإن كانتَ قيمتهُ قَدَرِ ثلثِ التركةِ . . عتقَ ورقَّ الآخرُ . وإن كانتَ قيمتهُ أكثرَ . . عتقَ منه قَدَرُ ثلثِ التركةِ ورقَّ باقيه والعبدُ الآخرُ .

وإن كانتَ قيمتهُ أقلَّ مِنْ قَدَرِ ثلثِ التركةِ . . عتقَ جميعُهُ وعتقَ مِنَ الآخرِ تمامُ الثلثِ ورقَّ باقيه .

مسألةٌ : [أعتق ثلاثة قيمتهم سواء فمات أحدهم] :

وإن أعتقَ ثلاثةَ أعبدٍ لَهُ قيمتهم سواءٌ ، في مرضٍ موتهِ بكلمةٍ واحدةٍ ، ولا مالَ لَهُ غيرُهُم ، فماتَ واحدٌ منهم قَبْلَ القرعةِ . . أقرعَ بينَ المَيِّتِ والحَيِّينِ . فإن خَرَجَ سهمُ العتقِ على المَيِّتِ . . عتقَ جميعُهُ ورقَّ الآخَرانِ ، سواءً ماتَ السيِّدُ أولاً أو العبدُ .

وإن خَرَجَ سهمُ العتقِ على أحدِ الحَيِّينِ . . نظرتَ : فإن ماتَ العبدُ قَبْلَ سيِّدهِ . . لم يعتقَ مِمَّنْ خَرَجَتْ عليهِ القرعةُ إلَّا ثلثاهُ ؛ لأنَّ المَيِّتَ قَبْلَ سيِّدهِ غيرُ داخلٍ في التركةِ .

وإن ماتَ السيِّدُ قَبْلَ العبدِ . . نظرتَ : فإن ماتَ العبدُ قَبْلَ أن يَقْبِضَهُ الورثةُ . . كانَ كما لو ماتَ قَبْلَ سيِّدهِ ؛ لأنَّه لا يجوزُ أن يُحتسَبَ على الورثةِ بما لم يحصلْ في أيديهم مِنَ التركةِ . وإن ماتَ بعدَ أن قبضَهُ الورثةُ . . عتقَ جميعُ العبدِ الذي خَرَجَتْ عليهِ القرعةُ ؛ لأنَّ العبدَ الذي ماتَ قد كانَ في أيديهم ، فأحتسَبَ بِهِ عليهم مِنَ التركةِ .

**فرعٌ :** [أعتق ثلاث إماء ولا مال أقرع بينهن] :

وإن أعتق ثلاث إماء في مرضٍ موته بكلمة واحدة ، ولا مال له غيرهن . . أقرع بينهن ، فإن خرجت القرعة بالعتق لإحداهن فولدت . . كان الولد حراً ؛ لأنه ولد حرّة . . فإن كان حادثاً بعد العتق . . فلا ولاء عليه . . وإن كان موجوداً قبل العتق . . كان عليه الولاء .

قال ابن الصبّاغ : وينبغي أن يُعتبر في ثبوت الولاء عليه أن تلده لدون أقل مدّة الحمل من حين العتق .

**فرعٌ :** [ظهر ماله بعد إعتاقه ستة في مرض موته] :

وإن أعتق ستة أعبد له في مرضٍ موته بكلمة واحدة ، ولا مال له في الظاهر غيرهم ، فأقرع بينهم وحكم بعتق اثنين منهم ورق أربعة ، ثم ظهر له مال . . نظرت : فإن كان مثلي قيمتهم . . حكم بعتق جميعهم . . وإن كان مثلي قيمتهم . . تبين أن العتق قد كان لازماً في ثلثهم ، وقد خرجت القرعة بعتق ثلثهم ، فيجب أن تعاد القرعة بين الأربعة ويعتق منهم نصفهم ، ومن خرجت عليه قرعة العتق . . كان له جميع ما اكتسبه من حين العتق ؛ لأن الحرية حصلت له بذلك .

**مسألةٌ :** [ظهر دين مستغرق وكان أعتق عبداً في مرض موته] :

وإن أعتق عبداً له في مرضٍ موته لا مال له غيرهم ، ثم ظهر عليه دين يستغرق جميع ماله . . لم يصح العتق في شيء من العبيد ؛ لأن عتقهم وصية والدّين مقدّم على الوصية ، فبإعطاء العبيد ويُقضى الدّين بثمانهم .

فإن قال الورثة : نحن نقضي الدّين من أموالنا ليصح العتق ، ففضوه . . ففيه وجهان :

أحدهما : لا ينفذ العتق في شيء من العبيد إلا بإعتاق الوارث ؛ لأننا حكمنا ببطلان عتق الميت لأجل الدّين ، فلم يُحكم بصحته بقضاء الدّين ، كما لو أعتق الراهن العبد المرهون وقلنا : لا يصح ، فقضى الراهن الدّين له .



والثاني : ينفذ العتق ؛ لأنَّ المانع هو الدينُ وقد قُضيَ ، فصار كأنَّ لم يكن .

قال أصحابنا : وأصلُ هذين الوجهين : إذا مات وله تركةٌ وعليه دينٌ ، فتصرفَ الوارثُ في التركة قبلَ قضاءِ الدينِ ، ثمَّ قضى الدينَ . . هل يصحُّ تصرفُهُ ؟ على وجهين .

وإنَّ كانَ الدينُ الذي ظهرَ على الميتِ لا يستغرقُ جميعَ قيمَتِهِمْ ، وإنَّما يستغرقُ نصفَ قيمَتِهِمْ . . جُعِلَ العبيدُ جزأينِ ، وكتبَ في رُقعةٍ دينٌ وفي رُقعةٍ تركةٌ ، فمنَ خرجتْ عليه رُقعةُ الدينِ . . بيعَ في الدينِ ، ومنَ خرجتْ عليه رُقعةُ التركة . . جُعِلوا ثلاثةَ أجزاءٍ : جزءاً للعتقِ ، وجزأينِ للورثةِ ؛ لأنَّه أجمعَ حقُّ أصحابِ الدينِ وحقُّ العبيدِ وحقُّ الورثةِ وليسَ بعضُ العبيدِ . . بأنَّ يجعلَ للدينِ أو للعتقِ أو للورثةِ - بأولى منَ البعضِ فأقرعَ بينهم ؛ لأنَّ القرعةَ لها مدخلٌ في العتقِ وإنَّ لم يكنْ لها مدخلٌ في الدينِ والتركةِ لو انفردا .

وإنَّ استغرقَ الدينُ ثلثَ قيمَتِهِمْ . . جُعِلوا ثلاثةَ أجزاءٍ ، وكتبَ ثلاثَ رقايعَ : رُقعةً للدينِ ، ورقعتينِ تركةً ، فمنَ خرجتْ عليه رُقعةُ الدينِ . . بيعَ في الدينِ ، ومنَ خرجتْ عليه رُقعةُ التركة . . جُعِلوا ثلاثةَ أجزاءٍ وكتبَ ثلاثَ رقايعَ : رُقعةً للعتقِ ورقعتينِ تركةً .

وإنَّ استغرقَ الدينُ رُبْعَ قيمَتِهِمْ . . جُعِلوا أربعةَ أجزاءٍ ، وكتبَ أربعَ رقايعَ : رُقعةً للدينِ وثلاثَ رقايعَ تركةً ، فمنَ خرجتْ عليه رُقعةُ الدينِ . . بيعَ في الدينِ ، ومنَ خرجتْ عليه رُقعةُ التركة . . جُعِلوا ثلاثةَ أجزاءٍ ، وكتبَ ثلاثَ رقايعَ ، رُقعةً للعتقِ ، ورقعتينِ تركةً .

فإنَّ قيلَ : فهلاً كُتبَ في الأربعِ : رُقعةً للدينِ ورُقعةً للعتقِ ورُقعتانِ للرِّقِّ ؛ لأنَّ ذلكَ أسهلُّ ؟

قال أصحابنا : لا يُفعلُ ذلكَ لقوَّةِ الدينِ على الوصيةِ فلا يشركُ بينهما في الإقراعِ ، ولأنَّه ربَّما خرجتْ رُقعةُ العتقِ قبلَ رُقعةِ الدينِ ، فيؤدِّي إلى حصولِ العتقِ قبلَ الدينِ ، وذلكَ لا يجوزُ .



فرعٌ : [أعتق ثلاثة قيمتهم ثلاث مئة ولا مال غيرهم وأكتسب أحدهم مئة] :

وإن أعتق في مرضٍ موته ثلاثة عبيد له ، قيمة كل واحدٍ منهم مئة بكلمة واحدة ، ولا مال له غيرهم ، فأكتسب أحدهم بعد العتق وقبل موت السيد مئة ، ثم مات السيد وعليه دينٌ مئة ديناراً . كتبت ثلاث رقاع : رُقعة دينٌ ورُقعتان تركة ، ثم يُقرع بينهم ، فإن خرجت رُقعة الدين على أحد العبدین اللذين لم يكتسبا . بيع في الدين ، ثم أُعيدت القرعة للعبدین المكتسب وغير المكتسب الثاني . فإن خرجت رُقعة العتق على الذي لم يكتسب . . عتق جميعه ، وبقي مع الورثة المكتسب وكسبه ، وذلك مثلاً قيمة المعتق بعد قضاء الدين . وإن خرجت رُقعة العتق على المكتسب . . دخله الدور ، فنقول : عتق من العبد شيءٌ بوصية ، وله من كسبه شيءٌ بغير وصية ، فبقي في يد الورثة ثلاث مئة إلا شيئين تعدل شيئين ، فإذا جُبرت . . عدلت أربعة أشياء - الشيء خمسة وسبعون - وذلك ثلاثة أرباع العبد ، فيعتق ثلاثة أرباعه ، وله ثلاثة أرباع كسبه ، ويبقى للورثة رُبعة ورُبُع كسبه والعبد الآخر ، وذلك مئة وخمسون ، وهو مثلاً ما عتق من العبد .

وإن خرجت رُقعة الدين على المكتسب . . قال ابن الحَدَّاد : بيع نصفه للدين لا غير ؛ لأنه لا حاجة بنا إلى بيع جميعه وتفويت العتق في جميعه ؛ لأن ما رُق منه يتبعه بقدره من الكسب ، فيقضى الدين بنصفه ونصف كسبه ، ثم يُقرع بين نصفه وبين العبدین الآخرين ، فإن خرج سهم العتق على نصف المكتسب . . عتق نصفه الثاني وتبعه نصف كسبه الباقي ، وقد بقي بعض الثلث ، فتعاد القرعة بين العبدین الآخرين ، فمن خرج عليه سهم العتق منهما . . عتق ثلثه ، وهو تمام ثلث مئتين وخمسين بعد قضاء الدين . وإن خرج سهم العتق على أحد العبدین اللذين لم يكتسبا . . عتق جميعه وبقي للورثة العبد الآخر ونصف المكتسب ونصف كسبه ، وهو مثلاً قيمة المعتق بعد الدين .

فرعٌ : [أعتق ستة أعبد ولا مال غيرهم فأقرع بينهم] :

وإن أعتق ستة أعبد له في مرضٍ موته لا مال له غيرهم ، فمات ولا دين عليه في الظاهر ، فأقرع بينهم ، وأعتق اثنان ، ثم ظهر دينٌ عليه يستغرق جميع قيمتهم . . لم ينفذ العتق . فإن قال الورثة : نحن نقضي الدين ليصح العتق وتمضي القرعة ، فقصوا

الدَّيْنِ . . فهل يصحُّ العتقُ ؟ فيه وجهان ، مضى ذكرهما .

وإن كان الدَّيْنُ يَسْتَعْرِقُ نَصْفَ قِيَمَتِهِمْ . . ففيه وجهان :

أحدهما : يَبْطُلُ عتقُ العبدَيْنِ اللَّذَيْنِ خَرَجَتِ الْقُرْعَةُ عَلَيْهِمَا ؛ لِأَنَّا تَبَيَّنَّا أَنَّ الدَّيْنَ<sup>(١)</sup> كَانَ شَرِيكاً لِلوَرِثَةِ وَالْعَتَقِ ، فَبَطَلَ الْعَتَقُ ، كَمَا لَوْ أَقْتَسَمَ شَرِيكَانِ فِي الْمَالِ ثُمَّ ظَهَرَ لَهُمَا شَرِيكٌ ثَالِثٌ .

والثاني : أَنَّ الْعَتَقَ لَا يَبْطُلُ فِيهِمَا إِلَّا فِي قَدَرٍ مَا يَخْصُصُهُمَا مِنَ الدَّيْنِ ؛ لِأَنَّهُ يُمْكِنُ إِمْضَاءُ الْقُرْعَةِ وَإِفْرَازُ حَصَّةِ الدَّيْنِ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنَ النَّصِيبَيْنِ ؛ لِأَنَّ الْقُرْعَةَ دَخَلَتْ لِأَجْلِ الْعَتَقِ دُونَ الدَّيْنِ ، فَيَقَالُ لِلوَرِثَةِ : أَتَضَوُّوا ثُلْثِي الدَّيْنِ ، وَهُوَ قَدَرُ نَصْفِ قِيَمَةِ الْعَبْدِ الْأَرْبَعَةِ الْمَحْكُومِ بِرَقَّتِهِمْ ، إِمَّا مِنْ خَاصٍّ أَمْوَالِكُمْ وَإِلَّا يَبِيعُ نَصْفُهُمْ .

وَيَجِبُ رَدُّ نَصْفِ الْعَتَقِ فِي الْعَبْدَيْنِ الْمَحْكُومِ بِعَتَقِهِمَا لِمَا يَخْصُصُهُمَا مِنَ الدَّيْنِ ، فَيُقَرَّعُ بَيْنَهُمَا ، فَإِنْ خَرَجَتْ قُرْعَةُ الدَّيْنِ عَلَى أَحَدِهِمَا وَكَانَتْ قِيَمَتُهُمَا سَوَاءً . . يَبِيعُ فِي الدَّيْنِ وَعَتَقَ الْعَبْدُ الْآخَرُ . وَإِنْ كَانَتْ قِيَمَتُهُمَا مُخْتَلِفَةً ، فَخَرَجَتْ قُرْعَةُ الدَّيْنِ عَلَى أَكْثَرِهِمَا قِيَمَةً . . يَبِيعُ مِنْهُ بِقَدَرِ نَصْفِ قِيَمَتِهِمَا ، وَعَتَقَ بَاقِيَهُ وَالْعَبْدُ الْآخَرُ . وَإِنْ خَرَجَتْ قُرْعَةُ الدَّيْنِ عَلَى أَقْلِهِمَا قِيَمَةً . . رُقَّ وَبِيعَ فِي الدَّيْنِ ، وَرُقَّ مِنَ الْآخِرِ تَمَامُ نَصْفِ قِيَمَتِهِمَا وَبِيعَ ذَلِكَ فِي الدَّيْنِ وَعَتَقَ بَاقِيَهُ .

وَاللَّهُ أَعْلَمُ

\* \* \*

(١) فِي حَاشِيَةِ نَسْخَةٍ : ( الْمُرَادُ صَاحِبُ الدَّيْنِ ، وَذَلِكَ جَائِزٌ كَقَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ وَسَلِّ الْقَرْيَةَ ﴾ [يُوسُفُ : ٨٢] وَالْمُرَادُ : أَهْلُ الْقَرْيَةِ ) .

## بَابُ الْمُدَبِّرِ

التدبير<sup>(١)</sup> : مأخوذٌ مِنَ الدُّبْرِ<sup>(٢)</sup> ، وهو : أَنْ يُعْلَقَ عَتَقٌ عَبْدُهُ بِمَوْتِهِ . وهو ممَّا يُتَقَرَّبُ بِهِ إِلَى اللَّهِ تَعَالَى ؛ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ بِهِ الْعَتَقُ ، فَهُوَ كَالْعَتَقِ الْمُنْجَزِ .  
فَإِذَا قَالَ لِعَبْدِهِ : أَنْتَ حُرٌّ ، أَوْ مُحَرَّرٌ ، أَوْ عَتِيقٌ ، أَوْ مَعْتَقٌ بَعْدَ مَوْتِي . . كَانَ ذَلِكَ صَرِيحاً فِي التَّدْبِيرِ لَا يَفْتَقِرُ إِلَى النِّيَّةِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَحْتَمِلُ غَيْرَ الْعَتَقِ بِالْمَوْتِ .  
وَإِنْ قَالَ : دَبَّرْتُكَ ، أَوْ أَنْتَ مُدَبِّرٌ وَنَوَيْ عَتَقَهُ بِمَوْتِهِ . . صَارَ مُدَبِّراً .  
وَإِنْ أَطْلَقَ ذَلِكَ مِنْ غَيْرِ نِيَّةٍ . . فَالْمَنْصُوصُ فِي ( التَّدْبِيرِ ) : ( أَنَّهُ صَرِيحٌ فِيهِ ، وَيَعْتَقُ بِمَوْتِ سَيِّدِهِ ) .

وَقَالَ فِي ( الْكِتَابَةِ ) : ( إِذَا قَالَ لِعَبْدِهِ : كَاتَبْتُكَ ، أَوْ أَنْتَ مَكَاتِبٌ عَلَى مِئَةِ دِينَارٍ تَوْدِيهَا فِي نَجْمِينَ . . لَمْ يَعْتَقْ حَتَّى يَقُولَ : فَإِذَا أَدَّيْتُهَا فَأَنْتَ حُرٌّ ، أَوْ يَنْوِي ذَلِكَ ) .  
فَمِنْ أَصْحَابِنَا مَنْ نَقَلَ جَوَابَهُ فِي كُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا إِلَى الْأُخْرَى وَجَعَلَهُمَا عَلَى قَوْلَيْنِ :

أَحَدُهُمَا : أَنَّ ذَلِكَ صَرِيحٌ فِيهِمَا ؛ لِأَنَّ قَوْلَهُ : ( دَبَّرْتُكَ ) مَوْضُوعٌ لِلتَّدْبِيرِ ، وَقَوْلَهُ : ( كَاتَبْتُكَ ) مَوْضُوعٌ لِلْكِتَابَةِ فِي عُرْفِ الشَّرْعِ .

وَالثَّانِي : أَنَّ ذَلِكَ كِنَايَةٌ فِيهِمَا ، فَلَا يَكُونَانِ صَرِيحَيْنِ إِلَّا بِنِيَّةٍ أَوْ قَرِينَةٍ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَكْثُرِ اسْتِعْمَالُهُمَا لِذَلِكَ .

وَمِنْهُمْ مَنْ حَمَلَهُمَا عَلَى ظَاهِرِ النَّصِّ فَقَالَ : قَوْلُهُ : دَبَّرْتُكَ ، أَوْ أَنْتَ مُدَبِّرٌ صَرِيحٌ فِي التَّدْبِيرِ ، وَقَوْلُهُ : كَاتَبْتُكَ ، أَوْ أَنْتَ مَكَاتِبٌ كِنَايَةٌ فِي الْكِتَابَةِ . وَفَرَّقَ بَيْنَهُمَا بِفَرْقَيْنِ :

(١) التدبير لغة : النظر في عواقب الأمور . وشرعاً : تعليق عتق بالموت .

وأركانها ثلاثة : رقيق غير أم ولد ، وصيغة ، ومالك عاقل بالغ مختار .

(٢) لأن الموت دبر الحياة ، وقيل : لأنه لم يجعل تدبيره إلى غيره .

أحدهما : أنَّ التدبير معقول المعنى ، وأنه موضوعٌ للعتق بعد الموت ، يشترك في معرفة معناه الخاصة والعامة . والكتابة لا يعرفها إلا خواصُّ الناس .

والثاني : أنَّ التدبير لا يحتملُ إلا العتق بعد الموت ، والكتابة تحتملُ المخارجة ، بأن يقول : كاتبك كلَّ شهرٍ بكذا ، فأفتقر إلى النية أو القرينة .

إذا ثبتَ هذا : فإنَّ المدبر يُعتبرُ عتقه من ثلث التركة . وروي ذلك عن : عليٍّ <sup>(١)</sup> ، وأبنِ عمر <sup>(٢)</sup> ، وأبنِ المسيب ، والزهرى ، والثوري ، ومالك ، وأبي حنيفة .

وقال ابنُ مسعود <sup>(٣)</sup> ، وسعيدُ بنُ جبير ، ومسروق ، والنخعي وداود : ( يعتبرُ عتقه من رأس المال ) .

دليلنا : ما روى ابنُ عمر : أنَّ النبي ﷺ قال : « المُدبرُ من الثلث » <sup>(٤)</sup> ولأنه تبرُّع يلزمُ بالموت ، فكان من الثلث كالوصية .

(١) أخرج خبر علي المرتضى رضي الله عنه عبد الرزاق في « المصنف » ( ١٦٦٥٣ ) ، والبيهقي في « السنن الكبرى » ( ٣١٤ / ١٠ ) في المدبر .

(٢) أخرج خبر ابن عمر رضي الله عنهما الشافعي في « الأم » ( ٣٥٠ / ٧ ) ، والدارمي في « السنن » ( ٤٢٢ / ٢ ) ، والدارقطني في « السنن » ( ١٣٨ / ٤ ) ، والبيهقي في « السنن الكبرى » ( ٣١٤ / ١٠ ) . قال الحافظ في « تلخيص الحبير » ( ٢٣٧ / ٤ ) : قال الدارقطني في « العلل » : الأصح وقفه .

(٣) أخرج خبر ابن مسعود رضي الله عنه سعيد بن منصور ( ٢٦٤ ) ، وذكره ابن قدامة في « المغني » ( ٣٨٧ / ٩ ) .

(٤) رواه عن ابن عمر رضي الله عنهما مرفوعاً ابن ماجه ( ٢٥١٤ ) في العتق ، وابن عدي في « الكامل » ( ١٨٨ / ٥ ) ، والدارقطني في « السنن » ( ١٣٨ / ٤ ) في المكاتب ، والبيهقي في « السنن الكبرى » ( ٣١٤ / ١٠ ) في المدبر . قال الشافعي في « الأم » ( ٣٥٠ / ٧ ) في المشيئة في العتق والتدبير : الحفاظ الذين يحدثونه يقفونه على ابن عمر ، ولا أعلم من أدركت من المفتين اختلفوا في أن المدبر وصية من الثلث .

وقال ابن ماجه : سمعت عثمان بن أبي شيبة يقول : هذا خطأ يعني حديث المدبر من الثلث ، قال أبو عبد الله : ليس له أصل .

قال ابن كثير في « إرشاد الفقيه » ( ١١٥ / ٢ ) : وروي مرفوعاً . قال أبو زرعة الرازي

[٢٨٠٣] : وهو باطل .

فَإِنْ دَبَّرَ عَبْدًا وَأَوْصَىٰ بِأَنْ يَعْتَقَ عَنْهُ عَبْدٌ آخَرُ بَعْدَ مَوْتِهِ وَعَجَزَ الثُّلُثُ عَنْهُمَا . . أُقْرَعَ بَيْنَهُمَا .

وَمِنْ أَصْحَابِنَا مَنْ قَالَ : فِيهِ قَوْلٌ آخَرُ : أَنَّهُ يَقْدَمُ عَتَقُ الْمَدْبَرِ ؛ لِأَنَّهُ أَقْوَى ؛ لِأَنَّهُ يَتَنَجَّزُ بِالمَوْتِ .

وَالأَوَّلُ أَصَحُّ ؛ لِأَنَّهُمَا يَسْتَوِيَانِ فِي وَقْتِ اللُّزُومِ .

مَسْأَلَةٌ : [تدبير المجنون والصبي والسفيه] :

وَيَصَحُّ التَّدْبِيرُ مِنْ كُلِّ بَالِغٍ عَاقِلٍ جَائِزٍ التَّصَرُّفِ فِي مَالِهِ ، كَمَا قُلْنَا فِي الْعَتَقِ الْمُنَجَّزِ .

فَأَمَّا الْمَجْنُونُ وَالصَّبِيُّ الَّذِي لَيْسَ بِمُمَيِّزٍ . . فَلَا يَصَحُّ تَدْبِيرُهُمَا ؛ لِأَنَّهُ لَا حَكَمَ لِكَلَامِهِمَا . وَهَلْ يَصَحُّ تَدْبِيرُ الصَّبِيِّ الْمُمَيِّزِ وَوَصِيَّتُهُ ؟ فِيهِ قَوْلَانِ :

أَحَدُهُمَا : لَا يَصَحُّ . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَاخْتِيارُ الْمُزْنِيِّ وَالشَّيْخِ أَبِي إِسْحَاقَ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَصَحُّ عَتَقُهُ ، فَلَمْ يَصَحَّ تَدْبِيرُهُ ، كَالْمَجْنُونِ .

وَالثَّانِي : يَصَحُّ . وَهُوَ اخْتِيارُ الْقَاضِي أَبِي حَامِدٍ ؛ لِمَا رَوَى : ( أَنَّ قَوْمًا سَأَلُوا عَمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ عَنْ غَلامٍ - مِنْ غَسَّانٍ - يَافِعٍ لَمْ يَبْلُغِ الْحُلُمَ ، وَصَّى لَبْنَتِ عَمِّهِ ، فَأَجَازَ وَصِيَّتَهُ )<sup>(١)</sup> . وَأَمَّا تَدْبِيرُ السَّفِيهِ : فَاخْتَلَفَ أَصْحَابُنَا فِيهِ :

= قال البوصيري في « الزوائد » : في إسناده علي بن ظبيان ضعفه ابن معين وغير واحد . وفي الباب :

رواه عن أبي قلابة مرسلاً عبد الرزاق في « المصنف » ( ١٦٦٥٧ ) ، والبيهقي في « السنن الكبرى » ( ٣١٤ / ١٠ ) .

(١) أخرج خبر عمر الفاروق رضي الله عنه عن عمرو بن سليم الزرقى مالك في « الموطأ » ( ١٤٩٣ ) ط دار الفكر ، والبيهقي في « السنن الكبرى » ( ٢٨٢ / ٦ ) في الوصايا ، باب : ما جاء في وصية الصغير . قال البيهقي : علق الشافعي جواز وصيته وتدبيره بثبوت الخبر فيها عن عمر ، والخبر منقطع ، فعمر بن سليم الرزقي لم يدرك عمر إلا أنه ذكر في الخبر انتسابه إلى صاحب القصة والله أعلم .



فمنهم مَنْ قَالَ : فِيهِ قَوْلَانِ ، كَالصَّبِيِّ . قَالَ الْمُحَامِلِيُّ : وَهَذَا أَشْبَهُ بِكَلَامِ الشَّافِعِيِّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ .

وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ : يَصْخُ تَدْبِيرُهُ قَوْلًا وَاحِدًا ؛ لِأَنَّ الصَّبِيَّ لَيْسَ مِنْ أَهْلِ الْعُقُودِ ، وَالسَّفِيَّةُ مِنْ أَهْلِ الْعُقُودِ ، وَلِهَذَا يَصْخُ طَلَاقُهُ وَيَصْخُ نِكَاحُهُ بِإِذْنِ الْوَلِيِّ . وَلَمْ يَذْكُرْ فِي « الْمَهْذَبِ » غَيْرَ هَذَا .

**مَسْأَلَةٌ :** [التدبير المطلق والمقيّد] :

وَيَصْخُ التَّدْبِيرُ مُطْلَقًا وَمَقْيَدًا بِشَرْطٍ .

( فَالْمُطْلَقُ ) هُوَ : أَنْ يَقُولَ : أَنْتَ حُرٌّ بَعْدَ مَوْتِي ، أَوْ إِذَا أَنَا مِتُّ . . فَأَنْتَ حُرٌّ .

و ( الْمَقْيَدُ ) : مِثْلُ أَنْ يَقُولَ : إِنْ مِتُّ مِنْ هَذَا الْمَرَضِ ، أَوْ فِي هَذَا الشَّهْرِ ، أَوْ فِي هَذِهِ السَّنَةِ . . فَأَنْتَ حُرٌّ .

وَيَجُوزُ تَعْلِيْقُ التَّدْبِيرِ إِلَى شَرْطٍ فِي حَالِ الْحَيَاةِ ، مِثْلُ أَنْ يَقُولَ : إِذَا دَخَلْتَ الدَّارَ . . فَأَنْتَ حُرٌّ بَعْدَ مَوْتِي ، فَإِنْ دَخَلَ الدَّارَ قَبْلَ مَوْتِ سَيِّدِهِ . . صَارَ مَدْبَرًا ؛ لِأَنَّهُ عَلَّقَ التَّدْبِيرَ بِدُخُولِ الدَّارِ ، فَإِذَا دَخَلَ الدَّارَ . . صَارَ مَدْبَرًا .

فَإِنْ لَمْ يَدْخُلِ الدَّارَ حَتَّى مَاتَ السَيِّدُ ، ثُمَّ دَخَلَهَا . . لَمْ يَعْتَقْ ؛ لِأَنَّهُ عَلَّقَ التَّدْبِيرَ عَلَى شَرْطٍ ، فَإِذَا مَاتَ السَيِّدُ قَبْلَ وُجُودِ الشَّرْطِ . . بَطَلَ الشَّرْطُ ، كَمَا لَوْ وَكَّلَ وَكِيلًا فِي بَيْعِ سَلْعَةٍ ، فَمَاتَ الْمَوْكَّلُ قَبْلَ الْبَيْعِ . . فَإِنَّ الْبَيْعَ لَا يَصْخُ .

وَيَجُوزُ تَعْلِيْقُ الْعَتَقِ عَلَى شَرْطٍ بَعْدَ الْمَوْتِ ، مِثْلُ أَنْ يَقُولَ : إِنْ دَخَلْتَ الدَّارَ بَعْدَ مَوْتِي . . فَأَنْتَ حُرٌّ . فَإِذَا مَاتَ السَيِّدُ ، ثُمَّ دَخَلَ الْعَبْدُ الدَّارَ . . عَتَقَ ؛ لِأَنَّهُ صَرَّحَ بِذَلِكَ ، فَحُمِلَ عَلَيْهِ ، كَمَا إِذَا قَالَ لَوْكِيْلِهِ : إِذَا مِتُّ ، فَبِعْ هَذِهِ السَّلْعَةَ . . فَإِنَّهُ يَصِيرُ وَصِيًّا فِي ذَلِكَ ، وَجَازَ بَيْعُهُ بَعْدَ مَوْتِهِ .

= الْيَافِعُ : الَّذِي لَمْ يَبْلُغِ الْحُلُمَ ، يُقَالُ : غَلَامٌ يَافِعٌ مِنْ غُلَمَانِ أَيْفَاعٍ ، وَيُقَالُ : غَلَامٌ يَفْعَةٌ مِثْلُ يَافِعٍ لِلْوَاحِدِ وَالْجَمْعِ ، وَيَشْنَى وَيَجْمَعُ .

ويعتقُ العبدُ هاهنا مِنَ الثُّلثِ بالصفةِ لا بالتدبيرِ ؛ لأنَّ التدبيرَ هوَ أَنْ يعلِّقَ عتقه بموتهِ وحدهُ ، وهاهنا علَّقه بموتهِ ودخولِ الدارِ بعدهُ .

فإنَّ دخلَ العبدُ الدارَ في حالِ حياةِ السيِّدِ ولمَ يدخلها بعدَ موتهِ . . لمَ يعتقُ ؛ لأنَّه شرطُ الدخولِ بعدَ الموتِ ، ولمَ يوجدُ .

فرعٌ : [ألفاظ لا يقطع بالعتق فيها] :

قالَ في « الأُمِّ » : ( إذا قالَ لعبدهِ : أَنْتَ حرٌّ بعدَ موتي ، أو لستَ بحرٌّ ، أو أَنْتَ مدبَّرٌ ، أو لستَ بمدبَّرٍ ، أو أَنْتَ حرٌّ أو لا . . لمَ يكنْ ذلكَ شيئاً ؛ لأنَّه لمَ يقطعْ بالعتقِ ) .

وإنَّ قالَ : لعبدهِ إذا قرأتَ القرآنَ ومِتُّ . . فَأَنْتَ حرٌّ ، فإنَّ قرأَ جميعَ القرآنِ قَبْلَ موتِ السيِّدِ . . عتقَ بموتهِ . وإنَّ قرأَ بعضه . . لمَ يعتقُ ؛ لأنَّه علَّقَ حرِّيَّتهُ بقراءةِ جميعِ القرآنِ .

وإنَّ قالَ لهُ : إذا قرأتَ قرآنًا ومِتُّ . . فَأَنْتَ حرٌّ ، فقرأَ بعضَ القرآنِ قَبْلَ موتِ السيِّدِ . . عتقَ بموتهِ .

والفرقُ بينهما : أنَّ في الأولى عَرَّفَ القرآنَ بالألفِ واللامِ ، فأقتضى جميعه ، وفي الثانية نكَّره ، فأقتضى بعضه .

فإنَّ قيلَ : فقد قالَ اللهُ تعالى : ﴿ فَإِذَا قَرَأْتَ الْقُرْآنَ فَاسْتَعِذْ بِاللَّهِ مِنَ الشَّيْطَانِ الرَّجِيمِ ﴾ [النحل : ٩٨] ولمَ يُرَدِّ جميعه وإنَّما أرادَ أيَّ شيءٍ قرأَ منه ؟

قلنا : ظاهرُ اللَّفْظِ يقتضي جميعه ، وإنَّما حملناه على بعضه بدليل<sup>(١)</sup> .

فرعٌ : [تعليق العتق على مشيئة العبد] :

إذا قالَ لعبدهِ : إِنْ شِئْتَ فَأَنْتَ حرٌّ بعدَ موتي ، أو إذا شِئْتَ فَأَنْتَ حرٌّ بعدَ موتي ، أو أَنْتَ حرٌّ إِنْ شِئْتَ بعدَ موتي ، أو أَنْتَ حرٌّ إِنْ شِئْتَ متى مِتُّ ، أو أَنْتَ حرٌّ إِنْ شِئْتَ إذا

(١) في حاشية نسخة : ( وذلك الدليل : أن البعض يقام مقام الكل ) .

مُتٌ . . فلا يصيرُ مدبراً في شيءٍ مِنْ هذه المسائلِ حتَّى توجدَ المشيئةُ مِنَ العبدِ ؛ لأنَّه علَّقَ التدبيرَ على مشيئته . فإنَّ وجدتِ المشيئةُ مِنَ العبدِ على الفورِ بحيثُ تكونُ جواباً لكلامِ سيِّده . . صارَ العبدُ مدبراً . وإنَّ أحرَّ العبدُ المشيئةَ حتَّى قامَ مِنَ المجلسِ . . لم يصِرْ مدبراً .

وإنَّ وجدتْ منه المشيئةُ بعدَ أنْ سكَّتْ سكوتاً طويلاً أوِ اشتغلَ بأمرٍ وقَبِلَ أنْ يقومَ مِنْ مجلسه . . فعلى وجهين ، كالوجهين فيمنَّ علَّقَ طلاقَ امرأتهِ بمشيئتها . وإنَّ لم توجدْ منه المشيئةُ حتَّى ماتَ السيّدُ . . بطلَ التدبيرُ ؛ لأنَّ الصفةَ المطلقةَ تقتضي وجودَها قَبْلَ موتِ السيّدِ .

وإنَّ<sup>(١)</sup> قالَ : متى شئتَ ، أوِ أيَّ وقتٍ شئتَ فأنْتَ حرٌّ بعدَ موتي . . فهذا تعليقُ تدبيرٍ بمشيئةِ العبدِ كالأولى ، إلّا أنَّ هاهنا متى وُجدتِ المشيئةُ مِنَ العبدِ في حياةِ السيّدِ على الفورِ أوِ على التراخي في المجلسِ أوِ بعده . . صارَ مدبراً ؛ لأنَّ قوله : متى ، وأيَّ وقتٍ ، يقتضي العمومَ .

وإنَّ ماتَ السيّدُ قَبْلَ وجودِ المشيئةِ . . بطلتِ الصفةُ ؛ لأنَّ الصفةَ المطلقةَ تبطلُ بموتِ السيّدِ .

فرعٌ : [تعليق التدبير بمشيئة العبد بعد موت السيد] :

وإنَّ قالَ لعبده : إذا مُتُ ، فشئتَ ، فأنْتَ حرٌّ . . فقد علَّقَ عتقه بوجودِ المشيئةِ منه بعدَ موتِ سيِّده ، فإنَّ ماتَ السيّدُ فشاءَ العبدُ عقيبَ موته . . عتقَ ؛ لأنَّ الفاءَ توجبُ الترتيبَ والتعقيبَ . وإنَّ لم يشأَ العبدُ بعدَ الموتِ إلّا بعدَ قيامه مِنْ مجلسه . . لم يعتق . وإنَّ شاءَ في مجلسه بعدَ موتِ السيّدِ وقدِ اشتغلَ بعدَ الموتِ بسكوتٍ طويلٍ أوِ أمرٍ غيره . . فهلُ يعتقُ ؟ على الوجهين في التي قَبَلها . وإنَّ شاءَ العبدُ في حياةِ السيّدِ لا غير . . لم يتعلَّقَ بهذه المشيئةَ عتقٌ ؛ لأنَّ السيّدَ شرطُ أنْ تكونَ المشيئةُ بعدَ موته .

(١) في ( م ) : ( فأما إذا ) .

وإن قال لعبده : إذا مت فمتى شئت ، أو أي وقت شئت فأنت حر ، أو قال : إذا مت فأنت حر متى شئت ، أو أي وقت شئت . فهي كالأولى ، وأنه لا يعتق إلا إذا شاء بعد موت سيده ، إلا أن في هذه يجوز أن تتراخى المشيئة عن الموت ، سواء وجدت في المجلس أو بعده ؛ لأن قوله : ( متى شئت ، أو أي وقت شئت ) عام في الزمان .

فإن اكتسب العبد مالا في هذه المسألة بعد موت سيده وقبل وجود المشيئة منه ، أو كسب مالا بعد موت سيده في المجلس قبل وجود المشيئة إذا علق العتق بمشيئته بعد الموت بقوله : فشئت ، وقلنا : إن المشيئة في المجلس هي مشيئة على الفور . . فلمن يكون ذلك المال الذي اكتسبه إذا وجدت منه المشيئة ؟

قال القاضي أبو الطيب : تكون نفقة العبد منه ، وما بقي من نفقته فيه قولان ، كما لو كسب العبد الموصى به لرجل مالا بعد موت سيده وقبل قبول الموصى له ، فإنه على قولين :

أحدهما : يكون الكسب للموصى له .

والثاني : يكون لورثة الموصي .

وقال ابن الصباغ : يكون الكسب هاهنا لورثة المعتق قولا واحدا .

والفرق بينهما : أن العبد هاهنا مملوك قبل وجود المشيئة منه . . فكان كسبه للورثة ، بخلاف الموصى به ، فإن الموصى له إذا قبل الوصية فيه . . تبين أنه ملكه بالموت في أحد القولين ، فكذلك حكمنا له بملك الكسب في هذا القول .

فأما إذا قال لعبده : أنت حر إذا مت إن شئت ، أو إذا شئت ، أو إذا مت فأنت حر إن شئت ، أو إذا شئت . . فقد قال البغداديون من أصحابنا : حكمها حكم ما لو قال : إذا مت فشئت فأنت حر . . فإنه لا يعتق إلا بوجود المشيئة بعد موت السيد .

وقال المسعودي [في « الإبانة »] : يحتمل أن يكون المراد به المشيئة في حياته ، ويحتمل بعد الموت ، فيرجع إليه ، فإن لم يكن له نية . . فلا بد من المشيئة مرة في المجلس في حياة السيد ومرة بعد الموت ، فإن شاء مرة واحدة . . قال : فالمشهور : أنه لا يعتق . وقيل : يحمل على المشيئة بعد الموت ؛ لأنه الظاهر .

ويعتق العبد في جميع ذلك من الثلث ؛ لأنه علق عتقه على موته ، وأضاف إليه المشيئة ، فهو كما لو علق عتقه على الموت وحده .

**مسألة :** [علق عتقه ثم دبره ، أو العكس] :

إذا قال لعبده : إذا دخلت الدار فأنت حر ، ثم دبره ، أو دبره ثم قال له : إذا دخلت الدار فأنت حر . صح ، فإن دخل الدار قبل موت سيده . . عتق بالصفة . وإن مات السيد قبل أن يدخل الدار . . عتق بالتدبير ؛ لأن كل واحد منهما صفة للعتق ، فتعلق العتق بالسابق منهما .

وإن كاتب عبده ثم دبره . . صح ذلك فإن أدى قبل موت سيده . . عتق بالكتابة . وإن مات السيد قبل الأداء ، فإن خرج من الثلث . . عتق بالتدبير وبطلت الكتابة ، وإن لم يخرج من الثلث . . عتق منه ما أحتمله ، وبقي الباقي منه مكاتباً بحصته من المال ؛ لأن كل واحد منهما سبب للعتق ، فتعلق العتق بالسابق منهما ، كما لو قال له : إن دخلت الدار . . فأنت حر ، ثم قال له : إن كلمت زيداً . . فأنت حر .

وإن كانت جارية فاستولدها ، ثم دبرها . . لم يفد التدبير شيئاً ؛ لأنها تعتق بموته من رأس المال ، ويعتق<sup>(١)</sup> المدبر من الثلث ، فكان الاستيلاء أقوى .

**مسألة :** [دبر أحد الشريكين نصيبه] :

وإن كان بين اثنين عبد فدبر أحدهما نصيبه منه وهو موسر . . صار نصيبه مدبراً . وهل يسري إلى نصيب شريكه ؟ فيه قولان :

أحدهما : يسري إلى نصيب شريكه ، ويلزمه دفع قيمة نصيب شريكه ، ويصير الجميع مدبراً ، يعتق بموته . وبه قال أبو حنيفة ؛ لأنه استحق العتق بموت سيده ، فسرى إلى نصيب شريكه ، كما لو استولد جارية بينه وبين شريكه .

والثاني : أنه لا يقوم عليه نصيب شريكه ، ولا يسري إليه التدبير . وهو اختيار

(١) في نسختين : (عتق) .



المُزْنِيَّ وَأَبْنِ الصَّبَاغِ ، وَهُوَ الْمَشْهُورُ مِنَ الْمَذْهَبِ ؛ لِأَنَّ التَّدْبِيرَ لَا يَقْطَعُ التَّصَرُّفَ فِي رَقْبَتِهِ بِالْبَيْعِ فَلَمْ يَسْرِ إِلَى نَصِيبِ الشَّرِيكِ ، كَمَا لَوْ عَلَّقَ عَتَقَ عَبْدٌ مُشْتَرَكٌ بَيْنَهُ وَبَيْنَ غَيْرِهِ عَلَى صِفَةٍ . وَيُخَالَفُ الْإِسْتِيلَادَ فَإِنَّهُ يَمْنَعُ مِنَ الْبَيْعِ .

فَعَلَى هَذَا : يَصِيرُ نَصْفُهُ مَدْبَرًا وَنَصْفُهُ قَنًا .

فَإِنْ مَاتَ السَّيِّدُ الَّذِي دَبَّرَ نَصِيبَهُ . . عَتَقَ نَصِيبَهُ ، وَلَا يَقُومُ عَلَيْهِ نَصِيبُ شَرِيكِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَا مَالَ لَهُ حَالِ الْعَتَقِ .

فَإِنْ أَعْتَقَ الَّذِي لَمْ يَدَبِّرْ نَصِيبَهُ قَبْلَ مَوْتِ السَّيِّدِ الَّذِي دَبَّرَ نَصِيبَهُ . . فَهَلْ يَقُومُ نَصِيبُ الْمَدْبَرِ عَلَى الْمَعْتَقِ إِنْ كَانَ مُوسِرًا ؟ الْحَكْمُ فِيهِ حَكْمُ مَا لَوْ كَانَ عَبْدٌ بَيْنَ شَرِيكَيْنِ فَدَبَّرَاهُ ، فَأَعْتَقَ أَحَدُهُمَا نَصِيبَهُ قَبْلَ مَوْتِ شَرِيكِهِ . . فَهَلْ يَقُومُ عَلَيْهِ نَصِيبُ شَرِيكِهِ إِذَا كَانَ مُوسِرًا ؟ فِيهِ قَوْلَانِ :

أَحَدُهُمَا : يَقُومُ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ الْمَدْبَرَ كَالْقَنَّ فِي التَّصَرُّفِ فِيهِ بِالْبَيْعِ وَالْهَبَةِ ، فَكَانَ كَالْقَنَّ فِي الْعَتَقِ وَالسَّرَايَةِ .

وَالثَّانِي : لَا يَقُومُ عَلَيْهِ . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ .

قَالَ الْمُحَامِلِيُّ : وَهُوَ الْأَصَحُّ ؛ لِأَنَّ الشَّرِيكَ قَدْ أُسْتَحَقَّ الْوَلَاءُ عَلَى نَصِيبِهِ بِمَوْتِهِ ، فَلَمْ يَجْزِ إِبْطَالُ ذَلِكَ عَلَيْهِ بِالتَّقْوِيمِ .

فَعَلَى هَذَا : لَوْ رَجَعَ الشَّرِيكَ فِي تَدْبِيرِ نَصِيبِهِ . . فَالَّذِي يَقْتَضِي الْمَذْهَبُ : أَنَّهُ يَقُومُ عَلَى الْمَعْتَقِ وَيَسْرِ عَتَقُهُ إِلَى جَمِيعِهِ ؛ لِأَنَّ الْمَنْعَ مِنَ التَّقْوِيمِ إِنَّمَا كَانَ لَمَّا أُسْتَحَقَّ السَّيِّدُ مِنَ الْوَلَاءِ ، وَقَدْ بَطَلَ ذَلِكَ بِرَجُوعِهِ .

فَرَعٌ : [تدبير بعض العبد] :

وَإِنْ كَانَ لِرَجُلٍ عَبْدٌ فَدَبَّرَ بَعْضَهُ . . صَحَّ ذَلِكَ كَمَا يَصْحَحُ عَتَقُهُ فِي بَعْضِ عَبْدِهِ ، وَهَلْ يَسْرِ التَّدْبِيرُ إِلَى جَمِيعِهِ ؟

الْمَنْصُوصُ لِلشَّافِعِيِّ : ( أَنَّهُ لَا يَسْرِ التَّدْبِيرُ إِلَى بَاقِيهِ ) ؛ لِأَنَّ التَّدْبِيرَ لَيْسَ بِإِتْلَافٍ وَلَا سَبَبٍ يَوْجِبُ الْإِتْلَافَ ؛ لِأَنَّهُ يَجُوزُ بَيْعُهُ ، فَلَمْ يَقْتَضِ السَّرَايَةُ .

قال المحاملي : ويجيء فيها قول آخر : أنَّ التدبير يسري إلى باقيه ، مأخوذ من القول المحكي : إذا دبّر أحد الشريكين نصيبه . . سرى إلى نصيب شريكه وقوم عليه إذا كان موسراً .

فرع : [دبرا عبدهما معاً] :

وإن كان عبد بين اثنين ، فقال كل واحد منهما : إذا متنا فأنت حر . . فقد علق كل واحد منهما عتق نصيبه بموته وموت شريكه ، فلا يصير العبد مدبراً في الحال ؛ لأنَّ المدبر هو العبد الذي علق سيده عتقه بموته وحده ، وهاهنا قد علق عتقه بموته وموت شريكه ، فكان عتقاً معلقاً بصفة .

فإن ماتا معاً . . عتق نصيب كل واحد منهما من ثلث تركته بالصفة لا بالتدبير . وإن مات أحدهما قبل الآخر . . لم يعتق نصيب الميت أولاً قبل موت شريكه ، وأمّا نصيب الثاني . . فإنه يصير مدبراً ؛ لأنَّ عتق نصيبه الآن متعلق بموته وحده .

وهل لورثة الأول أن يتصرّفوا في نصيبهم<sup>(١)</sup> قبل موت الثاني بما يُزيل الملك ، كالبيع والهبة ؟ فيه وجهان ، حكاهما الطبري في « العدة » :

[أحدهما] : قال صاحب « التقريب » : لهم ذلك ، كما لو علق عتق عبده على صفتين فوجدت إحداهما ، فله أن يزيل ملكه عنه قبل وجود الأخرى .

و[الثاني] : قال غيره من أصحابنا : ليس لهم ذلك ، وهو الأصح ، كما لو قال لعبده : إذا مت فدخلت الدار . . فأنت حر ، فأراد العبد دخول الدار ، لم يكن للوارث منعه من الدخول ، ولا بيعه ، وكما لو قال : إذا مت ومضى يوم . . فأنت حر ، فليس لهم بيعه قبل مضي اليوم : ولهم أستخدمه قبل موت الثاني .

فإن كسب مالا بعد موت الأول وقبل موت الثاني ، ثم مات الثاني . . فلمن يكون ما يخص نصيب الأول من ذلك الكسب ؟ فيه وجهان :

(١) في ( م ) : ( نصيب الأول ) .

أحدهما : أَنَّهُ لِرِثَّةِ الْأَوَّلِ لَا يُقْضَى مِنْهُ دَيْنُهُ ، وَلَا تُنْفَذُ مِنْهُ وَصَايَاهُ .

والثاني : أَنَّهُ مِنْ جَمَلَةِ تَرْكَةِ الْأَوَّلِ ، يُقْضَى مِنْهُ دَيْنُهُ وَتُنْفَذُ مِنْهُ وَصَايَاهُ ، بِنَاءً عَلَى الْوَجْهِينِ فِي جَوَازِ تَصَرُّفِ الْوَرِثَةِ فِي رَقْبَتِهِ .

فَأَمَّا إِذَا قَالَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنَ الشَّرِيكِينَ : أَنْتَ حَبِيسٌ عَلَى آخِرِنَا مَوْتًا ، فَإِذَا مَاتَ عَتَقْتَ . . فَإِنَّهُ لَا يَعْتَقُ نَصِيبُ أَحَدِهِمَا إِلَّا بِمَوْتِهِ وَمَوْتِ شَرِيكِهِ كَالأَوَّلَى ، إِلَّا أَنَّ هَاهُنَا إِذَا مَاتَ أَحَدُهُمَا . . كَانَتْ مَنَفْعَةُ نَصِيبِهِ مَوْصِيَّ بِهَا لَشَرِيكِهِ إِلَى أَنْ يَمُوتَ الْآخَرُ مِنْهُمَا ، فَإِذَا مَاتَ . . عَتَقَ عَلَيْهِمَا مِنْ ثُلْثِ تَرْكَتِهِمَا .

**مَسْأَلَةٌ :** [جواز بيع المدبر] :

ويجوز للمولى بيع المدبر وهبته ووقفه ، سواءً كَانَ التَّدْبِيرُ مَطْلَقًا أَوْ مَقْيَّدًا . وروى ذَلِكَ عَنْ عَائِشَةَ<sup>(١)</sup> رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا ، وَعُمَرُ بْنُ عَبْدِ الْعَزِيزِ<sup>(٢)</sup> ، وَطَاوُوسُ<sup>(٣)</sup> ، وَمُجَاهِدٌ ، وَهِيَ إِحْدَى الرَّوَايَتَيْنِ عَنْ أَحْمَدَ . وَالْأُخْرَى عَنْهُ : ( يَجُوزُ بَيْعُهُ لِأَجْلِ الدِّينِ ) .

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : ( إِنْ كَانَ التَّدْبِيرُ مَقْيَّدًا ، بِأَنْ قَالَ : إِذَا مِتُّ فِي هَذَا الشَّهْرِ أَوْ مِنْ هَذَا الْمَرَضِ فَأَنْتَ حُرٌّ . . جَازَ بَيْعُهُ وَهْبَتُهُ . وَإِنْ كَانَ مَطْلَقًا ، بِأَنْ يَقُولَ : إِذَا مِتُّ فَأَنْتَ حُرٌّ . . لَمْ يَجْزُ بَيْعُهُ وَلَا هَبَتُهُ ) .

وَقَالَ مَالِكٌ : ( لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ وَلَا هَبَتُهُ بِحَالٍ ) .

دَلِيلُنَا : مَا رَوَى جَابِرٌ : ( أَنَّ رَجُلًا - يَقَالُ لَهُ : أَبُو مَذْكَورٍ - كَانَ لَهُ عَبْدٌ قِيطِيٌّ - يَقَالُ

(١) أَخْرَجَ خَيْرُ عَائِشَةَ الشَّافِعِيُّ فِي « تَرْتِيبِ الْمَسْنَدِ » ( ٢٢١ / ٢ ) ، وَعَبْدُ الرَّزَاقِ فِي « الْمَصْنَفِ » ( ١٦٦٦٧ ) ، وَابْنُ أَبِي شَيْبَةَ فِي « السَّنَنِ الْكُبْرَى » ( ٣١٣ / ١٠ ) فِي الْمَدْبَرِ .

(٢) أَخْرَجَ خَيْرُ عُمَرَ بْنِ عَبْدِ الْعَزِيزِ الشَّافِعِيُّ فِي « الْأُمِّ » ( ٣٤٨ / ٧ ) ، وَعَبْدُ الرَّزَاقِ فِي « الْمَصْنَفِ » ( ١٦٦٦٨ ) ، وَابْنُ أَبِي شَيْبَةَ فِي « السَّنَنِ الْكُبْرَى » ( ٣١٣ / ١٠ ) .

(٣) أَخْرَجَ أَثَرُ طَاوُوسِ الشَّافِعِيِّ فِي « الْأُمِّ » ( ٣٤٨ / ٧ ) ، وَعَبْدُ الرَّزَاقِ فِي « الْمَصْنَفِ » ( ١٦٦٦٦ ) وَ ( ١٦٦٧٠ ) ، وَابْنُ حَزْمٍ فِي « الْمَحَلَّى » ( ٣٨ / ٩ ) ، وَابْنُ أَبِي شَيْبَةَ فِي « السَّنَنِ الْكُبْرَى » ( ٣١٣ / ١٠ ) .

له : يعقوب - فأعتقه عن دبر منه ، فبلغ ذلك النبي ﷺ ، فدعاه النبي ﷺ ، فقال : مَنْ يَشْتَرِيهِ مِنِّي ؟ فأشتراه منه نعيم بن النخام بسبع مئة أو بتسع مئة ، قال جابر : مات وهو عبد في أول عام من إمارة ابن الزبير <sup>(١)</sup> .

ولأن عتق نصفه ثبت بقول السيد وحده ، فلم يكن لازماً ، كما لو قال له : إن دخلت الدار . فأنت حر ، أو كما لو كان مقيداً .

فرع : [للسيد اكتساب المدبر وأستخدامه] :

ويملك السيد اكتسابه وأستخدامه . وإن كانت جارية . . ملك وطأها ؛ لما روي : ( أن ابن عمر رضي الله عنه دبر أمتين له ، وكان يطوهُهما بعد التدبير ) <sup>(٢)</sup> . ولأن المدبر كالقن في البيع ، فكان كالقن فيما ذكرناه .

وإن جنى على المدبر ، فإن كانت على الطرف . . فللسيد أستيفاء القصاص فيها والأرش ، ويكون المدبر باقياً على تدبيره .

وإن جنى على نفسه عمداً . . فللسيد أستيفاء القصاص فيها ، وإن كانت خطأ أو عمداً لا قصاص فيها . . فللسيد أخذ الأرش فيها ، وإذا أخذه . . ملكه .

فإن قيل : فهلاً قلت : تكون قيمته قائمة مقامه كقيمة الرهن ؟

قلنا : الفرق بينهما : أن القيمة لا تكون مدبرة ، ويمكن أن تكون القيمة رهناً .

(١) سلف وأخرجه عن جابر من طرق الشافعي في « الأم » ( ٣٤٧/٧ و ٣٤٨ ) ، والبخاري ( ٢٢٣٠ ) في البيوع ( ٢٥٣٤ ) في العتق ، ومسلم ( ١٦٦٨ ) م ( ٥٨ ) في الأيمان ، وأبو داود ( ٣٩٥٥ ) و ( ٣٩٥٧ ) في العتق ، والترمذي ( ١٢١٩ ) في البيوع ، والنسائي في « الصغرى » ( ٢٥٤٦ ) في الزكاة وفي « الكبرى » ( ٤٩٩٩ ) و ( ٥٠٠٨ ) وغيرهما ، وابن ماجه ( ٢٥١٣ ) في العتق ، والبيهقي في « السنن الكبرى » ( ٣٠٨/١٠ ) في المدبر .

(٢) أخرج خبر ابن عمر مالك في « الموطأ » ( ٨١٤/٢ ) ، والشافعي في « الأم » ( ٣٥٧/٧ ) ، وعبد الرزاق في « المصنف » ( ١٦٦٩٧ ) و ( ١٦٦٩٨ ) ، والبيهقي في « السنن الكبرى » ( ٣١٥/١٠ ) في المدبر بإسناد صحيح ، وفي الباب كما في بعض النسخ : عن عمر أمير المؤمنين رواه عبد الرزاق في « المصنف » ( ١٦٧٠١ ) بلفظ : ( أنه أعتق وليدة له عن دبر ثم وطئها بعد ذلك سبع سنين ) .

فَإِنْ قِيلَ : هَلَّا أَخَذْتُمْ بِالْقِيَمَةِ عَبْدًا يَكُونُ مَدْبَرًا ، كَمَا جَعَلْتُمْ قِيَمَةَ الْمَرْهُونِ رَهْنًا ؟  
قُلْنَا : الْفَرْقُ بَيْنَهُمَا : أَنَّ الْعَبْدَ الْمَأْخُوذَ بِقِيَمَتِهِ لَا يَكُونُ بَدْلَهُ ، وَإِنَّمَا يَكُونُ بَدْلَ  
قِيَمَتِهِ ، وَلَئِنَّ الرِّهْنَ لَا زِمَّ ، فَتَعَلَّقَ بِبَدْلِهِ ، وَالتَّدْبِيرَ لَيْسَ بِلَازِمٍ ؛ لِأَنَّهُ يَجُوزُ إِبْطَالُهُ  
بِالْبَيْعِ .

فِرْعُ : [جناية المدبر] :

وَإِنْ جَنَى الْمَدْبَرُ عَلَى غَيْرِهِ ، فَإِنْ كَانَتِ الْجَنَايَةُ عَمْدًا ، فَأَخْتَارَ الْمُجْنِيُّ عَلَيْهِ  
الْقِصَاصَ ، فَأَقْتَصَرَ ، فَإِنْ كَانَ فِي النَّفْسِ . . بَطَلَ التَّدْبِيرُ ، وَإِنْ كَانَ فِي الطَّرْفِ . . كَانَ  
بَاقِيًا عَلَى تَدْبِيرِهِ . وَإِنْ كَانَتِ الْجَنَايَةُ خَطَأً أَوْ عَمْدًا فَعَفَى الْمُجْنِيُّ عَلَيْهِ عَلَى مَالٍ . . تَعَلَّقَ  
الْأَرَشُ بِرَقَبَةِ الْمَدْبَرِ كَالْعَبْدِ الْقَنِّ .

وَإِنْ أَخْتَارَ السَّيِّدُ أَنْ يَفْدِيَهُ . . فَبِكَمِّ يَلْزِمُهُ أَنْ يَفْدِيَهُ ؟ فِيهِ قَوْلَانِ :

أَحَدُهُمَا : بِأَقَلِّ الْأَمْرَيْنِ مِنْ قِيَمَتِهِ أَوْ أَرَشِ الْجَنَايَةِ .

وَالثَّانِي : بِأَرَشِ الْجَنَايَةِ بِالْغَا مَا بَلَغَ ، كَالْقَوْلَيْنِ فِي الْعَبْدِ الْقَنِّ .

فَإِنْ فَدَاهُ . . سَقَطَ حَكْمُ الْجَنَايَةِ وَكَانَ بَاقِيًا عَلَى التَّدْبِيرِ . وَإِنْ أَخْتَارَ أَنْ يَسْلَمَهُ  
لِلْبَيْعِ ، فَإِنْ كَانَ الْأَرَشُ يَسْتَغْرِقُ قِيَمَتَهُ . . بَاعَ جَمِيعَهُ فِي الْأَرَشِ . وَإِنْ كَانَ الْأَرَشُ  
لَا يَسْتَغْرِقُ قِيَمَتَهُ . . بَاعَ مِنْهُ بِقَدْرِ أَرَشِ الْجَنَايَةِ إِنْ أَمَكْنَ بَيْعُ ذَلِكَ ، وَكَانَ الْبَاقِي عَلَى  
التَّدْبِيرِ ، إِلَّا أَنْ يَخْتَارَ السَّيِّدُ بَيْعَ جَمِيعِهِ ، فَيَبَاعُ ؛ لِأَنَّ لِلْسَّيِّدِ بَيْعَ الْمَدْبَرِ بِكُلِّ حَالٍ .

فَإِنْ مَاتَ السَّيِّدُ قَبْلَ أَنْ يَفْدِيَهُ وَقَبْلَ بَيْعِهِ . . فَهَلْ يَعْتَقُ ؟

إِنْ قُلْنَا : لَا يَصْحُ عَتَقُ الْعَبْدِ الْجَانِي . . لَمْ يَعْتَقْ ، وَكَانَ الْوَرِثَةُ بِالْخِيَارِ بَيْنَ أَنْ يَفْدُوهُ  
أَوْ يَسْلَمُوهُ لِلْبَيْعِ .

وَإِنْ قُلْنَا : يَصْحُ عَتَقُ الْعَبْدِ الْجَانِي . . عَتَقَ بِالتَّدْبِيرِ وَأَخَذَتِ الْقِيَمَةُ مِنْ أَصْلِ التَّرَكَةِ ؛  
لِأَنَّهُ عَتَقَ بِسَبَبٍ مِنْ جِهَتِهِ ، فَتَعَلَّقَ الْأَرَشُ بِتَرَكَتِهِ .

وَلَا يَجِبُ فِي التَّرَكَةِ إِلَّا أَقَلُّ الْأَمْرَيْنِ مِنَ الْقِيَمَةِ أَوْ الْأَرَشِ قَوْلًا وَاحِدًا ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُ  
بَيْعُهُ .



مسألة : [دبر أمته فأتت بولد] :

وإذا دبّر أمته فأتت بولد من زواج أو زناً لستّة أشهر ، فما زاد من وقت التدبير . .  
فإنّه يحكم بأنّ الولد حدث بعد التدبير ، وهل يتبع أمّه في التدبير ؟ فيه قولان :

أحدهما : يتبعها في التدبير . وبه قال عمر<sup>(١)</sup> ، وأبْنُ عمر<sup>(٢)</sup> ، وأبْنُ مسعود<sup>(٣)</sup> ،  
وأبو حنيفة ، ومالك ، والثوري ، وأحمد ، وإسحاق رضي الله عنهم ؛ لأنها أمة تعتق  
بموت سيدها ، فتبعها ولدها في حكمها ، كولد أمّ الولد .

والثاني : لا يتبعها . وبه قال جابر بن زيد<sup>(٤)</sup> أبو الشعثاء .

قال المحاملي : وهو الأصح ؛ لأنّ التدبير عقد يلحقه الفسخ ، فلم يسر إلى  
الولد ، كالرهن والوصية .

وأختلف أصحابنا في موضع القولين :

فمنهم من قال : إنّما بناهما الشافعي رضي الله عنه على القولين في التدبير . فإن  
قلنا : إنّ وصية . . لم يتبعها ولدها ، كما لو وصّى بأمة ثمّ أتت بولد ، فإنّه لا يتبعها .  
وإن قلنا : إنّ عتق بصفة . . تبعها ولدها .

ومنهم من قال : القولان إنّما هما على القول الذي يقول : التدبير عتق بصفة<sup>(٥)</sup> ،  
فأمّا إذا قلنا : إنّ وصية . . فلا يتبعها قولاً واحداً .

(١) أورده عن عمر أمير المؤمنين د . القلعجي في « موسوعة فقه عمر » ( ص / ٤٣٦ ) .

(٢) أخرج خير ابن عمر عبد الرزاق في « المصنف » ( ١٦٦٨٢ ) و ( ١٦٦٨٣ ) ، والبيهقي في  
« السنن الكبرى » ( ٣١٥ / ١٠ ) في المدبر .

(٣) أخرج خير ابن مسعود ابن حزم في « المحلى » ( ٣٩ / ٩ ) ، وكذا أورده ابن قدامة في  
« المغني » ( ٣٩٣ / ٩ ) .

(٤) أخرج أثر جابر بن زيد الشافعي في « الأم » ( ٣٥٨ / ٧ ) ، وعبد الرزاق في « المصنف »  
( ١٦٦٨٨ ) و ( ١٦٦٩٠ ) ، والبيهقي في « السنن الكبرى » ( ٣١٦ / ١٠ ) في المدبر .

وجاء في النسخ : ( جابر بن أبي الشعثاء ) . والتصويب من « التقريب » ومصادر  
التخريج .

(٥) جاء في نسخة : ( القولين في المدبر الذي عتق نصفه ) .

ومنهم مَنْ قَالَ : إِنَّ الْقَوْلَيْنِ فِي الْحَالَيْنِ ، وَهُوَ الْأَصَحُّ ؛ لِأَنَّ الشَّافِعِيَّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى قَدْ نَصَّ عَلَى أَنَّهُ : ( إِذَا عُتِقَ أُمَةٌ عَلَى صِفَةٍ ، ثُمَّ أَتَتْ بِوَلَدٍ مِنْ نِكَاحٍ أَوْ زَنَاءٍ . فَهَلْ يَتَّبِعُهَا ؟ فِيهِ قَوْلَانِ ) . فَلَوْ كَانَ وَلَدُ الْمَدْبَرَةِ إِنَّمَا يَتَّبِعُهَا إِذَا قُلْنَا : إِنَّ التَّدْبِيرَ عِتْقٌ بِصِفَةٍ . . لَكَانَ يَتَّبِعُهَا هَاهُنَا قَوْلًا وَاحِدًا .

فَإِنْ قُلْنَا : إِنَّ الْوَلَدَ لَا يَتَّبِعُ الْأُمَّ فِي التَّدْبِيرِ . . كَانَ مَمْلُوكًا لِلسَّيِّدِ يَتَصَرَّفُ فِيهِ كَيْفَ شَاءَ .

وَإِنْ قُلْنَا : إِنَّهُ يَتَّبِعُهَا ، فَإِنْ مَاتَتِ الْأُمُّ فِي حَيَاةِ الْمَوْلَى ، أَوْ رَجَعَ فِي تَدْبِيرِهَا . . لَمْ يَبْطُلِ التَّدْبِيرُ فِي وَلَدِهَا ؛ لِأَنَّهُمَا مَدْبَرَانِ ، فَلَا يَبْطُلُ تَدْبِيرُ أَحَدِهِمَا بِبَطْلَانِ تَدْبِيرِ الْآخَرِ .

فَرْعٌ : [دبر الأمة وهي حامل] :

وَإِنْ دَبَّرَ الْأُمُّ وَهِيَ حَامِلٌ ، فَإِنْ أَتَتْ بِالْوَلَدِ لِدُونِ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ وَقْتِ التَّدْبِيرِ . . فَاخْتَلَفَ أَصْحَابُنَا فِيهِ :

فَقَالَ أَكْثَرُهُمْ : يَتَّبِعُهَا فِي التَّدْبِيرِ قَوْلًا وَاحِدًا ؛ لِأَنَّهُ يَجْرِي مَجْرَى أَعْضَائِهَا .

ومنهم مَنْ قَالَ : إِنْ قُلْنَا : إِنْ الْحَمْلَ لَهُ حَكْمٌ . . تَبَعَهَا فِي التَّدْبِيرِ قَوْلًا وَاحِدًا . وَإِنْ قُلْنَا : لَا حَكْمَ لَهُ . . فَهُوَ كَمَا لَوْ حَدَثَ بَعْدَ التَّدْبِيرِ ، وَهَلْ يَتَّبِعُهَا ؟ عَلَى قَوْلَيْنِ . وَهَذِهِ عَلَى طَرِيقَةِ الْمَسْعُودِيِّ [فِي « الْإِبَانَةِ »] ، وَاخْتِيَارِ الْمُحَامِلِيِّ .

وَلَوْ دَبَّرَ جَارِيَةً فَمَاتَ الْمَوْلَى وَهِيَ حَامِلٌ . . عِتَقَتْ وَتَبَعَهَا وَلَدُهَا فِي الْعِتْقِ قَوْلًا وَاحِدًا ، سِوَاءَ كَانَ مَوْجُودًا وَقْتَ التَّدْبِيرِ أَوْ حَدَثَ بَعْدَهُ ، كَمَا لَوْ أَعْتَقَ جَارِيَةً حَامِلًا .

فَرْعٌ : [وطء المدبر الجارية الموهوبة له] :

وَإِنْ دَبَّرَ عَبْدَهُ ، ثُمَّ وَهَبَ لَهُ جَارِيَةً ، فَأَذِنَ لَهُ فِي وَطْئِهَا ، فَوَطِئَهَا فَأَتَتْ مِنْهُ بِوَلَدٍ . . فَإِنَّهُ لَا حَدَّ عَلَى الْعَبْدِ وَيُلْحَقُهُ نَسَبُ الْوَلَدِ لِلشَّبْهَةِ .

فَإِنْ قُلْنَا بِالْقَوْلِ الْجَدِيدِ ، وَأَنَّ الْعَبْدَ لَا يَمْلِكُ إِذَا مَلَكَهُ سَيِّدُهُ . . فَالْوَلَدُ بَاقٍ عَلَى مِلْكِ السَّيِّدِ .

وإن قلنا بالقول القديم ، وأنّ العبد يملك إذا ملكه سيّده . فالولد ابنُ العبد ومملوكه ، ولا يعتق عليه ؛ لأنّ ملكه غير تامّ عليه . وهل يتبعه في التدبير ؟ فيه وجهان :

أحدهما : لا يتبعه ؛ لأنّ الولد إنّما يتبع أمّه في الرقّ والحرّيّة دون أبيه .  
والثاني : يتبعه الولد في التدبير ؛ لأنّ وطأه صادف ملكه ، فتبعه ولده في حكمه ، كالحرّ إذا وطئ أمة له .

مسألة : [جواز رجوع السيد بالتدبير] :

التدبير غير لازم قبل موت السيّد ، فيجوز للسيّد الرجوع فيه بما يُزيل الملك ، كالبيع والهبة والوقف ؛ لحديث جابر في بيع المدبّر . وإذا ثبت الخبر في البيع . . . فسنا<sup>(١)</sup> عليه كلّ تصرّف يزيل الملك .

وهل يصحّ الرجوع فيه بقوله : نقضت التدبير ، وأبطلته ، ورجعت فيه ، وفسخته ؟ فيه قولان :

[أحدهما] : قال في القديم وبعض كتبه الجديدة : ( هو كالوصيّة فيصحّ الرجوع فيه بما يُزيل الملك وبالفسخ ) . وهو اختيار المُنزني ؛ لأنّه جعل للعبد نفسه ، فهو كالوصيّة .

و[الثاني] : قال في أكثر كتبه الجديدة : ( هو كالعتق المعلق على الصفة ، فلا يصحّ الرجوع فيه إلاّ بتصرّف يزيل الملك ) وهو الأصحّ ؛ لأنّه عتق معلق بصفة ، فهو كما لو قال لعبده : إذا دخلت الدار فأنت حرّ .

وإن دبّر عبده ثمّ وهبه لغيره ولم يقبضه . . فالمنصوص : ( أنّه رجوع ) .  
فمن أصحابنا من قال : هذا على القول الذي يقول : إنّ وصيّة ، فأما إذا قلنا : إنّ عتق بصفة . . فلا يكون رجوعاً ؛ لأنّ ملكه لم يزل عنه بذلك .

(١) في (م) : ( فثبتنا ) .

ومنهم من قال : هو رجوعُ على القولين ؛ لأنَّ الهبة سببٌ لإزالة الملك .  
 وإن دَبَّرَ عبده ، ثمَّ كاتبه ، فإن قلنا : إنَّ التدبيرَ وصيَّةٌ . . كانت الكتابة رجوعاً فيه .  
 وإن قلنا : إنه عتقٌ بصفة . . لم يكن رجوعاً ، وكان كما لو كاتبه ، ثمَّ دَبَّرَهُ .  
 وإن دَبَّرَ عبده ، ثمَّ قال له : إنَّ أدَّيتَ إليَّ وارثي ألفاً فأنت حرٌّ . . فالمنصوصُ :  
 ( أنه رجوعٌ في التدبير ) . فاختلف أصحابنا فيه :  
 فمنهم من قال : إنما ذلك إذا قلنا : إنَّ التدبيرَ وصيَّةٌ ؛ لأنَّه عدلٌ عن العتق بالتدبير  
 إلى العتق بالمال ، فكان رجوعاً فيه . فأما إذا قلنا : إنه عتقٌ بصفة . . فليس برجوع ،  
 بل إن خرج من الثلث . . عتق بالتدبير وبطل العتق بالمال .  
 ومنهم من قال : بل هو رجوعٌ على القولين ؛ لأنَّ ذلك معاوضةٌ مع العبد ، فجرى  
 مجرى البيع .

وإن دَبَّرَ جاريةً ثمَّ استولدها . . بطل التدبير ؛ لأنَّ العتق بالاستيلاء أقوى .  
 وإن دَبَّرَ عبداً ثمَّ رجعَ في تدبيرٍ بعضه . . صحَّ الرجوعُ فيما رجعَ فيه ، كما يصحُّ  
 التدبيرُ في بعضه ، ولا يسري الرجوعُ إلى باقيه ؛ لأنَّ ذلك لا سِرايةَ له .

فرعٌ : [تدبير الحمل دون الجارية] :

ويجوزُ تدبيرُ حَمَلِ الجارية دونَ الجارية كما يجوزُ عتقُهُ ، ولا يسري ذلك إلى  
 الجارية كما لا يسري عتقُ الحَمَلِ إلى الأمِّ .

فإنَّ أرادَ الرجوعُ في تدبيرِ الحَمَلِ ، فإن قلنا : يصحُّ الرجوعُ فيه بلفظِ الفسخِ  
 والإبطالِ وما أشبهه . . رجعَ في تدبيره بذلك . وإن قلنا : لا يصحُّ الرجوعُ في التدبيرِ  
 إلَّا بتصرُّفٍ يزيلُ الملكَ كالبيعِ والهبة . . فلا يمكنُ ذلكَ في الحَمَلِ وحده .

فإن باعَ الأمُّ : قال الشافعيُّ رحمه الله تعالى في « الأمِّ » [٣٥٨/٧] : ( فإن قصدَ  
 بالبيعِ الرجوعَ في تدبيرِ الحَمَلِ . . صحَّ البيعُ . وإن لم يقصدِ الرجوعَ في تدبيرِ الحَمَلِ . .  
 لم يصحَّ البيعُ ) .

وَأَخْتَلَفَ أَصْحَابُنَا فِي ذَلِكَ :

فَقَالَ الْمَسْعُودِيُّ [ فِي « الْإِبَانَةِ » ] وَبَعْضُ أَصْحَابِنَا الْبَغْدَادِيِّينَ : إِنَّ نَوَى بِالْبَيْعِ الرَّجُوعَ فِي تَدْبِيرِ الْحَمْلِ ، صَحَّ الْبَيْعُ فِي الْأُمِّ وَالْحَمْلِ . وَإِنْ لَمْ يَنْوَ بِالْبَيْعِ الرَّجُوعَ فِي تَدْبِيرِ الْحَمْلِ . . لَمْ يَصَحَّ الْبَيْعُ فِيهِمَا ، كَمَا لَوْ بَاعَ الْجَارِيَةَ وَأَسْتَثْنَى حَمْلَهَا .

وَذَهَبَ الشَّيْخُ أَبُو حَامِدٍ ، وَأَكْثَرُ أَصْحَابِنَا إِلَى : أَنَّهُ يَصَحُّ الْبَيْعُ فِيهِمَا ، وَيَكُونُ رَجُوعاً فِي تَدْبِيرِ الْحَمْلِ سِوَاءِ نَوَى الرَّجُوعَ أَوْ لَمْ يَنْوَ ؛ لِأَنَّ الْبَيْعَ لَا يَفْتَقِرُ إِلَى النِّيَّةِ ؛ أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ دَبَّرَ عَبْدًا فَبَاعَهُ . . صَحَّ الْبَيْعُ ، وَكَانَ رَجُوعاً فِي التَّدْبِيرِ وَإِنْ لَمْ يَنْوَ الرَّجُوعَ .

وَتَأَوَّلُوا قَوْلَهُ : ( إِنَّ قَصْدَ بِالْبَيْعِ الرَّجُوعَ فِي تَدْبِيرِ الْحَمْلِ . . صَحَّ الْبَيْعُ ) أَرَادَ : إِذَا بَاعَ الْجَارِيَةَ مَطْلَقاً وَلَمْ يَسْتَثْنِ الْحَمْلَ . . فَإِنَّ الْبَيْعَ يَصَحُّ فِيهِمَا .

وَقَوْلَهُ : ( وَإِنْ لَمْ يَقْصِدِ الرَّجُوعَ فِي تَدْبِيرِ الْحَمْلِ . . لَمْ يَصَحَّ الْبَيْعُ ) أَرَادَ : إِذَا بَاعَ الْجَارِيَةَ وَأَسْتَثْنَى حَمْلَهَا . . لَمْ يَصَحَّ الْبَيْعُ فِيهِمَا ، كَمَا لَا يَصَحُّ أَسْتِثْنَاءُ بَعْضِ أَعْضَائِهَا .

فِرْعُ : [ يَتَّبِعُ الْوَلَدُ الْحَادِثَ الْأُمَّ فِي التَّدْبِيرِ ] :

إِذَا قُلْنَا : إِنَّ الْوَلَدَ الْحَادِثَ بَعْدَ التَّدْبِيرِ ، يَتَّبِعُ الْجَارِيَةَ فِي التَّدْبِيرِ فَوَلَدَتْ أَوْلَاداً بَعْدَ التَّدْبِيرِ . . تَبَعَهَا الْجَمِيعُ فِي التَّدْبِيرِ . فَإِنْ قَالَ السَّيِّدُ قَبْلَ الْوِلَادَةِ : كُلَّمَا وَلَدَتْ وَلِداً فَقَدْ رَجَعْتُ فِي تَدْبِيرِهِ . . لَمْ يَصَحَّ هَذَا الرَّجُوعُ ؛ لِأَنَّ الرَّجُوعَ إِنَّمَا يَصَحُّ فِيمَنْ ثَبَتَ لَهُ حَكْمُ التَّدْبِيرِ ، وَقَبْلَ أَنْ تَلِدَ مَا ثَبَتَ لِلْوَلَدِ حَكْمُ التَّدْبِيرِ ، فَلَمْ يَصَحَّ الرَّجُوعُ فِيهِ ، كَمَا لَوْ قَالَ لِعَبْدِهِ : إِنَّ دَبَّرْتُكَ فَقَدْ رَجَعْتُ فِي تَدْبِيرِكَ . . فَلَا يَصَحُّ هَذَا الرَّجُوعُ .

فِرْعُ : [ تَدْبِيرُ الصَّبِيِّ وَالسَّفِيهِ ] :

وَإِنْ دَبَّرَ الصَّبِيُّ أَوِ السَّفِيهُ ، وَقُلْنَا : يَصَحُّ تَدْبِيرُهُمَا ، فَإِنْ قُلْنَا : يَصَحُّ هَذَا الرَّجُوعُ بِلَفْظِ الْفَسْخِ . . صَحَّ رَجُوعُهُمَا بِالْفَسْخِ .

وَإِنْ قُلْنَا : لَا يَصَحُّ الرَّجُوعُ إِلَّا بِتَصْرِفٍ يُزِيلُ الْمِلْكَ . . فَلَا يَصَحُّ ذَلِكَ مِنْهُمَا ؛ لِأَنَّهُ لَا يَصَحُّ بَيْعُهُمَا .



وإن باع وليهما<sup>(١)</sup> العبد . . كان ذلك رجوعاً في تدبيرهما .

وإن دبّر عبده ، ثم خرس السيّد ، فأشار إلى الرجوع أو كتب ذلك ، فإن قلنا : يصح الرجوع بالقول . . صح الرجوع ، وإن قلنا : لا يصح الرجوع إلا بتصرف يزيل الملك . . لم يصح رجوعه بذلك ، ولا ينصب له ولي ؛ لأنه رشيد .  
فإن أشار إلى البيع وفهم ذلك منه . . صح بيعه وكان ذلك رجوعاً في التدبير .

**مسألة :** [الردة لا تبطل التدبير] :

وإن دبّر عبده ، ثم أرتد السيّد . . فنصّ الشافعي رحمه الله تعالى : ( أن التدبير لا يبطل ) واختلف أصحابنا فيه :

فقال أبو إسحاق المروزي : لا يبطل التدبير قولاً واحداً ؛ لأن الردّة إنما تؤثر في العقود المستقبلية دون الماضية .

ومنهم من قال : هذه المسألة مبنية على الأقوال في ملك المرتد ، فإن قلنا : إن ملكه قد زال بالردّة . . بطل التدبير . وإن قلنا : إن ملكه موقوف . . كان تدبيره موقوفاً . وإن قلنا : إن ملكه باق . . لم يبطل التدبير ، وحمل نصّ الشافعي هاهنا على القول الذي يقول : إن ملكه باق لم يبطل التدبير . وإلى هذا أوما<sup>(٢)</sup> صاحب «المهذب» .

ومنهم من قال : يبطل التدبير قولاً واحداً ؛ لأن المدبّر يعتق من ثلث التركة ، فلا يعتق حتى يحصل<sup>(٣)</sup> للورثة مثله .

قال ابن الصبّاغ : والأوّل أصح ؛ لأنّ الشافعي رحمه الله تعالى قال : ( إذا دبّر المرتد عبده . . فهل يصح تدبيره ؟ فيه ثلاثة أقوال بناء على الأقوال في ملكه فإن قلنا : إن ملكه لا يزول بالردّة . . صح تدبيره . وإن قلنا : إن ملكه يزول بالردّة . . لم يصح

(١) في نسخة : ( وكيلهما ) .

(٢) في نسخة : ( أوصى ) .

(٣) في ( م ) : ( يصح ) .

تدبيره . وإن قلنا : إن ملكه موقوف . . كان تدبيره موقوفاً .

وقول من قال : لا يصح حتى يحصل للورثة مثله . . غير صحيح ؛ لأن ماله للمسلمين ، وقد حصل لهم مثله .

فرع : [ردّة العبد لا تبطل التدبير] :

وإن دبّر المسلم عبده فارتدّ العبد . . لم يبطل التدبير ؛ لأن الملك باقٍ عليه لا يبطل بالردّة .

فإن كان العبد ذميّاً فلحق العبد بدار الحرب فأسره . . وجب ردّه إلى سيّده ؛ لأن ملكه باقٍ عليه . وإن أسره بعد أن مات سيّده . . لم يجر استرقاقه ؛ لأنه قد ثبت عليه لمولاه الولاء ، فلا يجوز إبطال ذلك عليه .

مسألة : [تدبير الكافر] :

وإن دبّر الكافر عبده الكافر . . صحّ تدبيره ، سواء كان يهودياً ، أو نصرانياً ، أو مجوسياً ، أو وثنيّاً . ولا فرق بين أن يكون ذميّاً أو حربياً ، كما يصحّ عتقه .

فإن دخل الحربيّ دار الإسلام بأمانٍ ومعه عبدٌ مدبّرٌ ، ثمّ أراد الرجوع به إلى دار الحرب . . لم يُمنع منه ؛ لأن ملكه باقٍ عليه ، فإن رجع في تدبيره . . فحكمه حكم المسلم إذا رجع في تدبيره على ما مضى .

وإن أسلم العبد قبل رجوع السيّد ، فإن رجع السيّد في التدبير بالفسخ ، وقلنا : يصحّ الرجوع به . . رجع المدبّر قنّاً له ، وأمر بإزالة ملكه عنه ؛ لأن الكافر لا يُقرّ على ملك المسلم .

وإن لم يرجع ، أو رجع وقلنا : لا يصحّ . . ففيه قولان :

أحدهما : يُباع عليه العبد . وهو اختيار المُرني ؛ لأن الكافر لا يُقرّ على ملك المسلم ، فبيع عليه كغير المدبّر .

والثاني : لا يباع عليه . وهو قول أبي حنيفة .

قَالَ الْمُحَامِلِيُّ وَهُوَ الْأَشْبَهُ ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا يَبَاعُ لَطَلْبِ الْحِظِّ لِلْعَبْدِ لِأَنَّهُ لَا يَجْرِي عَلَيْهِ صَغَارٌ فِي مِلْكِ الْكَافِرِ ، وَهَاهُنَا الْحِظُّ لَهُ أَنَّ لَا يَبَاعُ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ ثَبَتَ لَهُ سَبَبُ الْعَتَقِ ، فَلَا يَجُوزُ إِبْطَالُ ذَلِكَ عَلَيْهِ بِالْبَيْعِ .

فَعَلَى هَذَا : لَا يُتْرَكُ فِي يَدِ سَيِّدِهِ ؛ لِأَنَّ فِي ذَلِكَ صَغَاراً عَلَى الْمُسْلِمِ ، بَلْ يَكُونُ السَّيِّدُ بِالْخِيَارِ : بَيْنَ أَنْ يَخَارِجَهُ عَلَى شَيْءٍ ، وَبَيْنَ أَنْ يَتْرَكَهُ عَلَى يَدِ مُسْلِمٍ ثَقِيٍّ ، وَيَنْفَقَ عَلَيْهِ مِنْ كَسْبِهِ إِنْ كَانَ لَهُ كَسْبٌ ، وَيَكُونُ الْبَاقِي مِنَ الْكَسْبِ لِلْسَّيِّدِ . وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ كَسْبٌ . . أَنْفَقَ عَلَيْهِ مِنْ مَالِهِ .

فَإِنْ مَاتَ السَّيِّدُ وَخَرَجَ مِنَ الثُّلُثِ . . عَتَقَ عَلَيْهِ . وَإِنْ لَمْ يَخْرُجْ مِنَ الثُّلُثِ . . بَيْعَ مَا رَقَّ مِنْهُ عَلَى الْوَرِثَةِ قَوْلاً وَاحِداً ؛ لِأَنَّهُ لَمْ تَبْقَ لَهُ حُرِّيَّةٌ مُنْتَظَرَةٌ ، فَوَجِبَ بَيْعُهُ .

**مَسْأَلَةٌ :** [يرد جحود التدبير بعدلين] :

قَالَ الشَّافِعِيُّ : ( وَلَا يَجُوزُ عَلَى التَّدْبِيرِ إِذَا جَحَدَ السَّيِّدُ إِلَّا عَدْلَانِ ) .

وَجُمْلَةُ ذَلِكَ : أَنَّ الْعَبْدَ إِذَا أَدَّعَى عَلَى سَيِّدِهِ أَنَّهُ دَبَّرَهُ وَأَنْكَرَ السَّيِّدُ ، فَإِنْ قُلْنَا : إِنَّ التَّدْبِيرَ عَتَقُ بِصِفَةٍ . . سُمِعَتْ دَعْوَى الْعَبْدِ ؛ لِأَنَّ السَّيِّدَ لَا يَمْلِكُ إِبْطَالَ الصِّفَةِ بِالرَّجْوَعِ . فَإِنْ كَانَ مَعَ الْعَبْدِ بَيِّنَةٌ . . ثَبَتَ التَّدْبِيرُ ، وَلَا يُقْبَلُ فِيهِ إِلَّا شَاهِدَانِ ذَكَرَانِ ؛ لِأَنَّهُ شَهَادَةٌ عَلَى مَا لَيْسَ بِمَالٍ ، وَيَطْلُعُ عَلَيْهِ الرِّجَالُ . وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مَعَ الْعَبْدِ بَيِّنَةٌ . . فَالْقَوْلُ قَوْلُ السَّيِّدِ مَعَ يَمِينِهِ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ التَّدْبِيرِ ، فَيَحْلِفُ عَلَى الْقَطْعِ أَنَّهُ مَا دَبَّرَهُ ؛ لِأَنَّهُ يَحْلِفُ عَلَى فَعْلٍ نَفْسِهِ ، فَإِنْ نَكَلَ عَنِ الْيَمِينِ . . رَدَّتِ الْيَمِينُ عَلَى الْعَبْدِ ، فَيَحْلِفُ لَقَدْ دَبَّرَهُ ، وَيُثَبِّتُ التَّدْبِيرُ . فَإِنْ أَدَّعَى السَّيِّدُ أَنَّهُ قَدْ بَاعَهُ ثُمَّ اشْتَرَاهُ ، وَأَقَامَ عَلَى ذَلِكَ بَيِّنَةٌ . . قُبِلَ ، وَيُقْبَلُ فِيهِ شَاهِدٌ وَأَمْرَاتَانِ ؛ لِأَنَّهُ دَعْوَى مِلْكٍ .

وَإِنْ قُلْنَا : إِنَّ التَّدْبِيرَ وَصِيَّةٌ . . فَهَلْ تَسْمَعُ دَعْوَى الْعَبْدِ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ :

[أَحَدُهُمَا] : مِنْ أَصْحَابِنَا مَنْ قَالَ : لَا تَسْمَعُ دَعْوَاهُ ؛ لِأَنَّ السَّيِّدَ يَمْلِكُ الرَّجْوَعَ فِيهِ بِالْقَوْلِ ، فَكَانَ إِنْكَارُهُ رَجْوَعاً .

[وَالثَّانِي] : مِنْهُمْ مَنْ قَالَ : تَسْمَعُ دَعْوَاهُ ، وَهُوَ ظَاهِرُ النَّصِّ هَاهُنَا ؛ لِأَنَّ الشَّافِعِيَّ

رحمه الله تعالى قال في ( الدعاوى والبيّنات ) : ( لو ادّعى العبد على السيّد التدبير ، وأنكر السيّد . . قلنا للسيّد : لا تحتاج إلى اليمين ، بل قل : قد رجعت في التدبير ) فدلّ على أنّ الجحود ليس برجوع ، ولأنّ الرجوع أن يقول : قد رجعت . فأما قوله : ما دبّرتك . . فليس ذلك برجوع . ولأنّ المرأة لو ادّعت على الرجل النكاح فأنكر . . لم يكن إنكاره طلاقاً ، فكذلك هاهنا لا يكون إنكاره رجوعاً .

فعلى هذا : الحكم فيه حكم التدبير إذا قلنا : إنه عتق بصفة في سماع دعواه .

وإن مات السيّد ، وأدّعى العبد على الورثة أنّ السيّد كان دبّره ، وأنكر الورثة . . سمعت دعوى العبد على القولين ؛ لأنه لا يصح رجوعهم في التدبير .

فإن كان مع العبد شاهدان ذكران على التدبير . . عتق من الثلث . وإن لم يكن معه شاهدان . . حلف الورثة أنهم لا يعلمون أنّ مورّثهم دبّره ؛ لأنهم يحلفون على نفي فعل غيرهم . فإن ادّعى الورثة أنّ مورّثهم رجّع في التدبير ، وأقاموا على ذلك شاهدين ذكرين . . حكم بصحة الرجوع . وإن أقاموا على الرجوع شاهداً وأمرأتين . . ففيه وجهان ، حكاهما الطبري في « العدة » :

أحدهما : يُقبل منهم ذلك ؛ لأنّ القصد من ذلك إثبات المال ، فقبل منهم ، كما لو أقام ذلك مورّثهم .

والثاني : لا يُقبل منهم ؛ لأنهم ينفون حرّية حاصلة بموت السيّد .

فرع : [دبر أمة ومات ولها ولد فاختلفوا] :

وإن دبّر أمة ومات ، ومع الجارية ولد ، فاختلفت هي والورثة ، فقالت : ولدته بعد التدبير ، فيتبعني في التدبير - وقلنا : إنّ ولدها يتبعها - وقال الورثة : بل ولدته قبل التدبير . . فالقول قول الورثة مع أيمانهم ؛ لأنّ الأصل في الولد الرّق .

وإن مات السيّد وفي يدها مال ، فقالت : كسبته بعد موت السيّد فهو لي ، وقال الورثة : بل كسبته قبل موته فهو لنا ، ولا بينة . . فالقول قول المدبرة مع يمينها ؛ لأنّ الأصل عدم ملك الورثة على المال .

فَإِنْ أَقَامَ الْوَرِثَةُ بَيِّنَةً عَلَى الْمَالِ أَنَّهَا كَسَبَتْهُ قَبْلَ مَوْتِ السَّيِّدِ ، وَأَقَامَتِ الْجَارِيَةُ بَيِّنَةً أَنَّهَا كَسَبَتْهُ بَعْدَ مَوْتِهِ . . قُدِّمَتْ بَيِّنَةُ الْجَارِيَةِ ؛ لِأَنَّ يَدَهَا عَلَيْهِ .

وَإِنْ أَقَامَ الْوَرِثَةُ الْبَيِّنَةَ أَنَّ الْمَالَ كَانَ فِي يَدِهَا فِي حَيَاةِ السَّيِّدِ ، فَقَالَتِ الْجَارِيَةُ : لَمْ يَكُنْ لِي وَإِنَّمَا أَفْدَتْهُ بَعْدَ مَوْتِ السَّيِّدِ . . فَالْقَوْلُ قَوْلُهَا مَعَ يَمِينِهَا<sup>(١)</sup> ؛ لِأَنَّ الْبَيِّنَةَ إِنَّمَا شَهِدَتْ لَهَا بِالْيَدِ وَقَدْ يَكُونُ فِي يَدِهَا لغيرِهَا .

**مَسْأَلَةٌ :** [تعليق العتق على صفة كالتدبير] :

وَيَجُوزُ تَعْلِيقُ الْعَتَقِ عَلَى صِفَةٍ ، مِثْلُ أَنْ يَقُولَ : إِنْ دَخَلْتَ الدَّارَ فَأَنْتَ حُرٌّ ، أَوْ إِنْ كَلَّمْتَ فَلَانًا فَأَنْتَ حُرٌّ ؛ لِأَنَّهُ تَعْلِيقُ عَتَقٍ عَلَى صِفَةٍ ، فَهُوَ كَالْتَدْبِيرِ .

فَإِنْ عَلَّقَ الْعَتَقَ عَلَى صِفَةٍ فِي مَرَضٍ مَوْتِهِ فَوُجِدَتِ الصِّفَةُ قَبْلَ مَوْتِهِ أَوْ قَالَ فِي صِحَّتِهِ : أَنْتَ حُرٌّ فِي مَرَضٍ مَوْتِي . . عَتَقَ مِنَ الثَّلَاثِ ؛ لِأَنَّهُ قَصَدَ إِلَى الْإِضْرَارِ بِالْوَرِثَةِ ، فَكَانَ مِنَ الثَّلَاثِ كَالْمَدْبَرِ .

وَإِنْ عَلَّقَ الْعَتَقَ عَلَى صِفَةٍ فِي الصِّحَّةِ فَوُجِدَتِ الصِّفَةُ فِي الصِّحَّةِ . . عَتَقَ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَقْصِدِ الْإِضْرَارَ بِالْوَرِثَةِ .

وَإِنْ عَلَّقَ الْعَتَقَ عَلَى صِفَةٍ فِي الصِّحَّةِ يَجُوزُ أَنْ تَوْجَدَ فِي الصِّحَّةِ ، وَيَجُوزُ أَنْ تَوْجَدَ فِي الْمَرَضِ ، فَوُجِدَتْ فِي مَرَضِ الْمَوْتِ . . فَنَقَلَ الْبَغْدَادِيُّونَ مِنْ أَصْحَابِنَا أَنَّهُ يَعْتَقُ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَقْصِدْ إِلَى إِعْتَاقِهِ فِي مَرَضِ الْمَوْتِ ، فَلَمْ تَوْجَدْ مِنْهُ تَهْمَةٌ فِي حَقِّ الْوَرِثَةِ .

وَنَقَلَ الْمَسْعُودِيُّ [فِي « الْإِبَانَةِ »] فِي ذَلِكَ قَوْلَيْنِ :

أَحَدُهُمَا : هَذَا .

وَالثَّانِي : أَنَّهُ يَعْتَقُ مِنْ ثُلْثِ التَّرَكَةِ . وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ ، وَلَيْسَ بِمَشْهُورٍ .

وَإِنْ قَالَ لِعَبْدِهِ : أَنْتَ حُرٌّ فِي آخِرِ جُزْءٍ مِنْ أَجْزَاءِ صِحَّتِي الْمُتَّصِلِ بِمَرَضٍ مَوْتِي . .

(١) فِي حَاشِيَةِ نَسْخَةٍ : ( وَلَوْ لَمْ تَقُمْ الْجَارِيَةُ بَيِّنَةً بِذَلِكَ ) .



فَقَدْ قَالَ بَعْضُ أَصْحَابِنَا الْمَتَأَخِّرِينَ : إِنَّهُ يَعْتَقُ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ ؛ لِأَنَّ الْعَتَقَ تَقَدَّمَ عَلَى مَرَضِ الْمَوْتِ .

وَالَّذِي يَقْتَضِي الْمَذْهَبُ عِنْدِي : أَنَّهُ يَعْتَقُ مِنْ ثُلْثِ التَّرَكَةِ ؛ لِأَنَّ هَذِهِ صِفَةٌ لَا تَوْجَدُ إِلَّا بِمَرَضِ الْمَوْتِ ، فَهُوَ كَمَا لَوْ قَالَ : إِذَا مَرَضْتُ فَأَنْتَ حُرٌّ .

فِرْعُ : [عَلَّقَ عَتَقَهَا عَلَى صِفَةٍ ثُمَّ حَمَلَتْ وَوَلَدَتْ] :

وَإِنْ عَلَّقَ عَتَقَ أُمَةً عَلَى صِفَةٍ ، مِثْلَ أَنْ يَقُولَ : إِنْ دَخَلْتَ الدَّارَ فَأَنْتِ حُرَّةٌ ، ثُمَّ حَمَلْتَ بَوْلِدٍ وَوَلَدْتَهُ قَبْلَ وُجُودِ الصِّفَةِ . . فَهَلْ يَتَّبِعُهَا الْوَلَدُ إِذَا وُجِدَتِ الصِّفَةُ فِي الْعَتَقِ ؟  
فِيهِ قَوْلَانِ ، كَمَا قُلْنَا فِي الْمَدْبَرَةِ . وَلَسْنَا نَرِيدُ : أَنَّهُ تَنْعَقِدُ لِلْوَلَدِ تِلْكَ الصِّفَةُ حَتَّى إِذَا دَخَلَ الدَّارَ عَتَقَ ، وَإِنَّمَا نَرِيدُ بِهِ : أَنَّهُ يَتَّبِعُهَا فِي حَكْمِ الصِّفَةِ ، وَهُوَ أَنَّ الْأُمَّ إِذَا دَخَلَتْ الدَّارَ . . عَتَقَتْ وَعَتَقَ الْوَلَدُ مَعَهَا .

فَإِنْ مَاتَ السَّيِّدُ أَوْ مَاتَتْ قَبْلَ وُجُودِ الصِّفَةِ . . بَطَلَتِ الصِّفَةُ فِي الْأُمِّ ، وَبَطَلَ حَكْمُهَا فِي الْوَلَدِ ؛ لِأَنَّ الصِّفَةَ إِذَا بَطَلَتْ . . بَطَلَ حَكْمُهَا ، بِخِلَافِ وَلَدِ الْمَدْبَرَةِ ، فَإِنَّ الْأُمَّ إِذَا مَاتَتْ فِي حَيَاةِ السَّيِّدِ . . لَمْ يَبْطُلْ ذَلِكَ فِي الْوَلَدِ ؛ لِأَنَّهُ يَتَّبِعُهَا فِي التَّدْبِيرِ .

فِرْعُ : [عَلَّقَ الْعَتَقَ إِلَى مَا بَعْدَ مَوْتِهِ بِعَشْرِ سَنِينَ] :

فَإِنْ قَالَ لِأُمَّتِهِ : أَنْتِ حُرَّةٌ بَعْدَ مَوْتِي بِعَشْرِ سَنِينَ ، فَأَتَتْ بَوْلِدٍ بَعْدَ مَوْتِ السَّيِّدِ وَقَبْلَ أَنْقِضَاءِ الْعَشْرِ . . قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى : ( يَتَّبِعُهَا الْوَلَدُ ) .

فَمِنْ أَصْحَابِنَا مَنْ قَالَ : فِيهِ قَوْلَانِ كَالَّذِي يَأْتِي بِهِ بَعْدَ عَقْدِ الصِّفَةِ وَقَبْلَ مَوْتِ السَّيِّدِ .  
وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ : يَتَّبِعُهَا هَاهُنَا قَوْلًا وَاحِدًا ؛ لِأَنَّ سَبَبَ عَتَقِهَا قَبْلَ مَوْتِ السَّيِّدِ غَيْرُ مُسْتَقَرٍّ ؛ لِأَنَّ لِلْسَّيِّدِ إِبْطَالَهُ بِإِزَالَةِ مِلْكِهِ عَنْهَا ، وَبَعْدَ مَوْتِ السَّيِّدِ سَبَبُ عَتَقِهَا مُسْتَقَرٌّ ؛ لِأَنَّهُ لَا سَبِيلَ لِأَحَدٍ إِلَى إِبْطَالِهِ ، فَهِيَ بِمَنْزِلَةِ أُمِّ الْوَلَدِ ، فَيَتَّبِعُهَا وَلَدُهَا قَوْلًا وَاحِدًا .

قَالَ الْمُحَامِلِيُّ : وَيَجِيءُ عَلَى قَوْلِ هَذَا الْقَائِلِ أَنَّ الْوَلَدَ هَاهُنَا يَعْتَقُ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ ، كَمَا يَعْتَقُ وَلَدُ أُمِّ الْوَلَدِ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ .

فرعٌ : [تعليق العتق يمنع الفسخ] :

إذا علّق عتق عبده على صفةٍ . . لم يملك فسخه بالقول ؛ لأنّ ذلك ليس بوصيّة فلا يملك رفعه بالفسخ .

فإن باعه أو وهبه . . صحّ ؛ لأنّه ملكه . فإن رجع إليه ملكه . . فهل يعود حكم الصفة ؟ فيه قولان بناءً على القولين فيمن علّق طلاق امرأته على صفة ، فبانت منه ، ثم تزوّجها .

وإن دبّر عبده فباعه ، ثم رجع إليه ، فإن قلنا : إنّ التدبير وصيّة . . لم يعد التدبير . وإن قلنا : إنّ عتق بصفة . . فهل تعود الصفة ؟ على القولين .

فرعٌ : [دبر عبيد يزيّدان عن الثلث فيقرع بينهما] :

وإن قال لعبيد له أنتما حرّان بعد موتي ولم يحتمل الثلث إلا أحدهما . . أقرع بينهما .

وإن دبّر أحدهما بعد الآخر . . ففيه وجهان ، حكاها ابن اللّبان<sup>(١)</sup> :

أحدهما : يقرع بينهما ؛ لأنّ عتقهما وقع في حالة واحدة .

والثاني : يقسم الثلث بينهما ؛ لأنّه علم أنّه أراد أن يوقع لكل واحد منهما حرّيّة لا محالة .

ولو قال لجارية له في صحّته لا مال له غيرها : هذه أمّ ولدي أو مدبرتي أو حرّة ، ومات قبل أن يبيّن . . عتق ثلثها ؛ لأنّه اليقين .

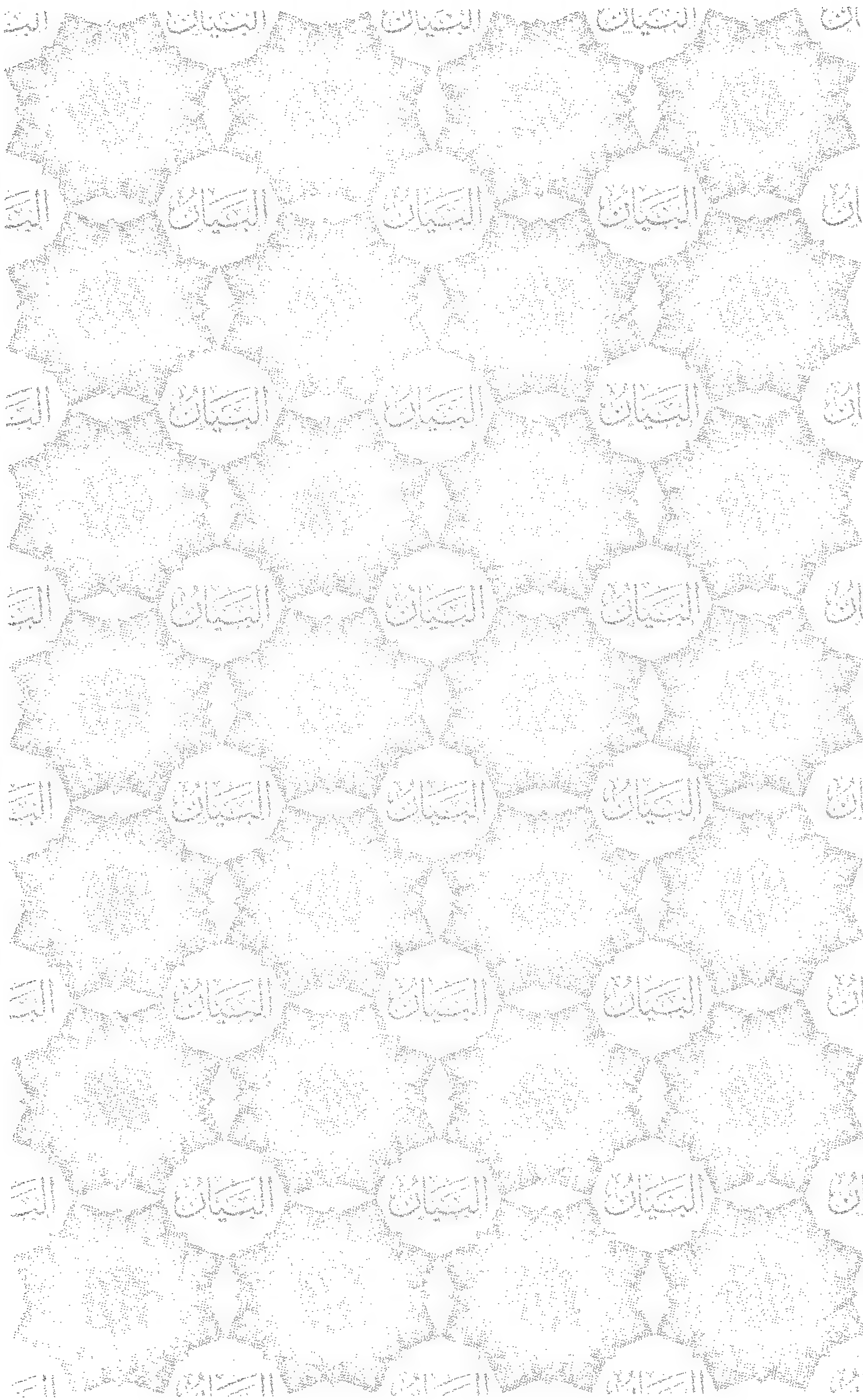
وإن قال لعبيد له : أنتما حرّان أو مدبران ، ثم مات قبل أن يبيّن . . كانا مدبرين .

وبالله التوفيقُ

\* \* \*

(١) في حاشية نسخة : ( عن ابن سريج ) .

# کتاب المسکاتیب



## كتاب المكاتب (١)

الْكِتَابَةُ هِيَ : الْعَتَقُ عَلَى مَالٍ يُوَدِّيهِ الْمَكَاتِبُ فِي نَجْمِينَ أَوْ نَجُومٍ .  
 قَالَ أَبُو الصَّبَّاحِ : وَأَصْلُهَا مُشْتَقٌّ مِنَ الْكُتْبِ ، وَ ( الْكُتْبُ ) هُوَ : الضَّمُّ وَالْجَمْعُ ،  
 يُقَالُ : كَتَبْتُ الْقِرْبَةَ : إِذَا ضَمَمْتُ رَأْسَهَا <sup>(٢)</sup> .  
 وَسُمِّيَتِ الْكِتَابَةُ بِذَلِكَ ؛ لِانْضِمَامِ بَعْضِ الْجَيْشِ إِلَى بَعْضٍ . وَسُمِّيَ الْخَطُّ كِتَابَةً ؛  
 لِضَمِّ بَعْضِ الْحُرُوفِ إِلَى بَعْضٍ .  
 وَسُمِّيَ هَذَا الْعَقْدُ كِتَابَةً ؛ لِضَمِّ بَعْضِ النُّجُومِ إِلَى بَعْضٍ . وَ ( النُّجُومُ ) هِيَ :  
 الْأَوْقَاتُ الَّتِي يَحِلُّ بِهَا مَالُ الْكِتَابَةِ . وَإِنَّمَا سُمِّيَتْ نَجُومًا ؛ لِأَنَّ الْعَرَبَ كَانَتْ لَا تَعْرِفُ  
 الْحِسَابَ ، وَإِنَّمَا تَعْرِفُ الْأَوْقَاتَ بِطُلُوعِ النُّجُومِ <sup>(٣)</sup> ، فَسُمِّيَتْ الْأَوْقَاتُ نَجُومًا .  
 وَالْأَصْلُ فِي جَوَازِ الْكِتَابَةِ : قَوْلُهُ تَعَالَى : ﴿ وَالَّذِينَ يَبْتِغُونَ الْكِتَابَ مِنْ مَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ  
 فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا ﴾ [النور : ٣٣] .  
 وَمِنْ السَّنَةِ : مَا رَوَى سَهْلُ بْنُ حَنِيفٍ : أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « مَنْ أَعَانَ غَارِمًا أَوْ

(١) الْمَكَاتِبُ : هُوَ مَنْ يَجْمَعُ الْمَالَ وَيُضْمُّ بَعْضَهُ إِلَى بَعْضٍ . وَالْكِتَابَةُ - بِكسْرِ الْكَافِ وَقِيلَ : بِفَتْحِهَا  
 كَالْعِتَاقَةِ - لُغَةٌ : الضَّمُّ وَالْجَمْعُ ، لِأَنَّ فِيهَا ضَمَّ نَجْمٍ إِلَى نَجْمٍ ، وَهِيَ إِعْتَاقُ السَّيِّدِ عَبْدَهُ عَلَى مَالٍ  
 فِي ذِمَّتِهِ يُوَدِّي مُؤْجَلًا . وَشُرْعًا : هِيَ عَقْدٌ بِلَفْظِ الْكِتَابَةِ عَلَى عَوْضٍ مَعْلُومٍ مِنْجَمٍ بِنَجْمِينَ فَأَكْثَرٍ .  
 وَهِيَ مُسْتَحَبَّةٌ إِذَا سَأَلَهَا الْعَبْدُ وَكَانَ مَأْمُونًا مَكْتَسِبًا . وَهِيَ مَعْدُولَةٌ عَنِ الْقِيَاسِ ؛ لِأَنَّهَا بَيْعٌ مَالِهِ  
 أَدَاءً ، وَهِيَ خَارِجَةٌ عَنْ قَوَاعِدِ الْمَعَامَلَاتِ لِدَوْرَانِهَا بَيْنَ السَّيِّدِ وَرَقِيقِهِ . وَأَرْكَانُهَا أَرْبَعَةٌ : سَيِّدٌ ،  
 وَمَكَاتِبٌ ، وَعَوْضٌ ، وَصِیْغَةٌ .

(٢) أَيْ بِضَمِّ جَانِبَيْهَا بِالْخَرَزِ وَالْخِيطِ . وَالْكَتْبُ : مَوْضِعُ الْخَرَزِ جَمْعُهَا كُتْبٌ . قَالَ ذُو الرِّمَّةِ :

مَشْلُشْلٌ ضَيَّعَتْهُ بَيْنَهَا الْكُتُبُ

(٣) وَهِيَ ثَمَانِيَةٌ وَعِشْرُونَ نَجْمًا مَنَازِلُ الْقَمَرِ .



غَازِيَا أَوْ مُكَاتَبًا فِي كِتَابَتِهِ . أَظْلَهُ اللَّهُ يَوْمَ لَا ظِلَّ إِلَّا ظِلُّهُ » (١) .

وقال ﷺ : « الْمُكَاتَبُ عَبْدٌ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ ذَرَمٌ مِنَ الْكِتَابَةِ » (٢) .

وروت أم سلمة : أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « إِذَا كَانَ لِإِحْدَاكُنَّ مُكَاتَبٌ ، وَكَانَ عِنْدَهُ مَا يُؤَدِّي . . فَلْتَحْتَجِبْ عَنْهُ » (٣) .

قال الشافعي رحمه الله : ( إِنَّمَا أَمْرُهُنَّ بِالاحتِجَابِ عَنْهُ قَبْلَ الْأَدَاءِ تَعْظِيمًا لَشَأْنِهِنَّ ، كَمَا أَمْرُهُنَّ اللَّهُ أَنْ يَحْتَجِبْنَ مِمَّنْ جَعَلَهُنَّ أُمَّهَاتٍ لَهُمْ وَحَرَمَهُنَّ عَلَيْهِمْ ، وَهُنَّ جَمَاعَةُ الْمُسْلِمِينَ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ أَمْرُهُنَّ بِذَلِكَ لِقُرْبِ عِتْقِهِمْ بِالْأَدَاءِ ، كَمَا أَسْتَحِبُّ الْاحتِجَابَ مِنَ الْمَرَاهِقِ لِقُرْبِ بَلُوغِهِ ) .

وَأَجْمَعَتِ الْأُمَّةُ عَلَى جَوَازِ الْكِتَابَةِ (٤) .

(١) أخرجه عن سهل بن حنيف أحمد في « المسند » ( ٤٨٧ / ٣ ) ، والحاكم في « المستدرک » ( ٨٩ / ٢ و ٩٠ و ٢١٧ ) ، والبيهقي في « السنن الكبرى » ( ٣٢٠ / ١٠ ) في المكاتب . قال الحاكم : صحيح ولم يخرجاه ، ولم يوافقه الذهبي لأن فيه عمرو بن ثابت متروك .

(٢) أخرجه من طرق عن عبد الله بن عمرو رضي الله عنهما أبو داود ( ٣٩٢٦ ) وبنحوه ( ٣٩٢٧ ) في العتق ، والترمذي ( ١٢٦٠ ) في البيوع ، والنسائي في « الكبرى » ( ٥٠٢٦ ) و ( ٥٠٢٧ ) ، وابن ماجه ( ٢٥١٩ ) في العتق ، والطبراني في « مسند الشاميين » ( ٢٤٣١ ) ، والدارقطني في « السنن » ( ١٢١ / ٤ ) ، والحاكم في « المستدرک » ( ٢١٨ / ٢ ) ، والبيهقي بلفظه في « السنن الكبرى » ( ٣٢٣ / ١٠ - ٣٢٤ ) في المكاتب وفيه : « من كاتب عبده على مئة » و : « أيما عبد كاتب على مئة » و : « أيما عبد كُتِبَ على . . . » .

قال الترمذي : هَذَا حَدِيثٌ حَسَنٌ غَرِيبٌ ، وَالْعَمَلُ عَلَيْهِ عِنْدَ أَكْثَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ مِنْ أَصْحَابِ النَّبِيِّ ﷺ وَغَيْرِهِمْ . وَصَحَّحَهُ الْحَاكِمُ ، وَفِي طَرِيقِ الطَّبْرَانِيِّ ضَعِيفٌ ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

(٣) أخرجه عن أم سلمة أم المؤمنين رضي الله عنها أحمد في « المسند » ( ٢٨٩ / ٦ ) ، والحميدي في « المسند » ( ٢٨٩ ) ، وأبو داود ( ٣٩٢٨ ) في العتق ، والترمذي ( ١٢٦١ ) في البيوع ، والنسائي في « الكبرى » ( ٥٠٢٨ ) وما بعده ، وابن ماجه ( ٢٥٢٠ ) ، والبيهقي في « السنن الكبرى » ( ٣٢٧ / ١٠ ) في المكاتب . قال الترمذي : حسن صحيح ، ومعنى هَذَا الْحَدِيثُ عِنْدَ أَهْلِ الْعِلْمِ عَلَى التَّوَرُّعِ ، وَقَالُوا : لَا يَعْتَقُ الْمَكَاتِبُ وَإِنْ كَانَ عِنْدَهُ مَا يُؤَدِّي حَتَّى يُؤَدِّي . وَفِيهِ : « إِذَا كَانَ عِنْدَ مَكَاتِبٍ إِحْدَاكُنَّ . . . » .

(٤) قال ابن المنذر في « الإجماع » ( ٥٧٩ ) : وَأَجْمَعُوا أَنَّ الرَّجُلَ إِذَا كَاتَبَ عَبْدَهُ عَلَى مَا يَجُوزُ مِمَّا لَهُ عَدَدٌ أَوْ وَزْنٌ أَوْ كَيْلٌ مَعْلُومٌ عَلَى نَجُومٍ مَعْرُوفَةٍ مِنْ شُهُورِ الْعَرَبِ أَنَّ ذَلِكَ جَائِزٌ .

إِذَا ثَبَتَ هَذَا : فَإِنَّ الْكِتَابَةَ لَا تَصَحُّ إِلَّا مِنْ جَائِزِ التَّصَرُّفِ فِي الْمَالِ . فَإِنْ كَاتَبَ صَبِيٌّ أَوْ مَجْنُونٌ عَبْدَهُ . . لَمْ تَصَحَّ الْكِتَابَةُ .

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَأَحْمَدُ : ( تَصَحَّ كِتَابَةُ الصَّبِيِّ الْمُمَيَّزِ لِعَبْدِهِ ) .

دَلِيلُنَا : قَوْلُهُ ﷺ : « رُفِعَ الْقَلَمُ عَنْ ثَلَاثَةٍ : عَنِ الصَّبِيِّ حَتَّى يَبْلُغَ ، وَعَنِ النَّائِمِ حَتَّى يَسْتَيْقِظَ ، وَعَنِ الْمَجْنُونِ حَتَّى يُفِيقَ » .

وَلِأَنَّهُ غَيْرُ مَكْلَفٍ ، فَلَمْ تَصَحَّ كِتَابَتُهُ ، كَالْمَجْنُونِ .

وَإِنْ كَاتَبَ رَجُلٌ عَبْدَهُ الصَّغِيرَ أَوْ الْمَجْنُونَ . . لَمْ تَصَحَّ الْكِتَابَةُ ؛ لِأَنَّهَا مُعَاوَضَةٌ ، فَلَمْ تَصَحَّ مَعَ الصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ ، كَالْبَيْعِ .

**مَسْأَلَةٌ :** [يَشْتَرَطُ فِي الْمَكَاتِبِ الْاِكْتِسَابُ وَالْأَمَانَةُ] :

قَالَ الشَّافِعِيُّ : ( وَأَظْهَرُ مَعَانِي الْخَيْرِ فِي الْعَبْدِ بَدَلَالَةُ الْكِتَابِ : الْاِكْتِسَابُ وَالْأَمَانَةُ ) .

وَجَمَلَةُ ذَلِكَ : أَنَّ الْعُلَمَاءَ اخْتَلَفُوا فِي الْخَيْرِ الْمُرَادِ بِقَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا ﴾ [النور : ٣٣] .

فَذَهَبَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ إِلَى أَنَّ الْمُرَادَ بِالْخَيْرِ هَاهُنَا هُوَ : الْاِكْتِسَابُ وَالْأَمَانَةُ ، وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَمَالِكٌ ، وَعَمْرُو بْنُ دِينَارٍ .

وَحُكِيَ عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ<sup>(١)</sup> ، وَابْنِ عُمَرَ ، وَعَطَاءٍ ، وَمُجَاهِدٍ<sup>(٢)</sup> : ( أَنَّ الْخَيْرَ هَاهُنَا هُوَ الْاِكْتِسَابُ لَا غَيْرَ ) .

وَحُكِيَ عَنِ الْحَسَنِ الْبَصْرِيِّ<sup>(٣)</sup> ، وَالثَّوْرِيِّ : أَنَّهُمَا قَالَا : هُوَ الْأَمَانَةُ وَالذِّينُ خَاصَّةً .

(١) أَخْرَجَ خُبْرَ ابْنِ عَبَّاسٍ بِالْفَافِ مُتَقَارِبَةً عَبْدُ الرَّزَّاقِ فِي « الْمَصْنَفِ » ( ١٥٧٧٠ ) ، وَابْنُ حَزْمٍ فِي « الْمَحَلِيِّ » ( ٢٢٢/٩ ) ، وَابْنُ بَيْهَقٍ فِي « السِّنَنِ الْكَبْرِيِّ » ( ٣١٧/١٠ وَ ٣١٨ ) فِي الْمَكَاتِبِ .

(٢) أَخْرَجَ أَثَرَ مُجَاهِدٍ عَبْدُ الرَّزَّاقِ فِي « الْمَصْنَفِ » ( ١٥٥٧١ ) ، وَابْنُ أَبِي شَيْبَةَ فِي « الْمَصْنَفِ » ( ٣٤٠/٥ ) فِي الْبُيُوعِ .

(٣) أَخْرَجَهُ عَنِ الْحَسَنِ الْبَصْرِيِّ عَبْدُ الرَّزَّاقِ فِي « الْمَصْنَفِ » ( ١٥٥٧٤ ) ، وَابْنُ أَبِي شَيْبَةَ فِي =

دليلنا : أَنَّ اللهَ تعالى ذَكَرَ الخَيْرَ في مواضعٍ مِنْ كتابِهِ وأَرَادَ بِهِ المَالَ ، وَهُوَ قَوْلُهُ  
تعالى : ﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ ﴾ [البقرة : ١٨٠] وَأَرَادَ  
بِهِ : إِنْ تَرَكَ مَالًا .

وكذلك قَوْلُهُ تعالى : ﴿ وَإِنَّهُ لِحُبِّ الْخَيْرِ لَشَدِيدٌ ﴾ [العاديات : ٨] وَأَرَادَ بِهِ : المَالَ .

وذكرَ في مواضعٍ أُخَرَ الخَيْرَ وَأَرَادَ بِهِ الدِّينَ ، وَهُوَ قَوْلُهُ تعالى : ﴿ فَمَنْ يَعْمَلْ  
مِثْقَالَ ذَرَّةٍ خَيْرًا يَرَهُ ﴾ [الزلزلة : ٧] يعني : عملاً صالحاً .

فإذا كَانَ الخَيْرُ يَقَعُ عليهما .. حملناه هَاهُنَا عليهما ؛ لِأَنَّ المقصودَ بالكتابةِ  
لا يحصلُ إِلَّا بِاجْتِمَاعِهما .

فإذا اجتمعَ في العبدِ الكسْبُ والأمانةُ ، وسألَ سيِّدُهُ أَنْ يَكاتبَهُ .. أُسْتُحِبَّ لَهُ أَنْ  
يَكاتبَهُ ؛ لِلآيَةِ ، ولا يَجِبُ عَلَيْهِ ذَلِكَ . وبِهِ قَالَ كافَّةُ العلماءِ .

وحكيَ عَنْ عمرو بنِ دينارٍ ، وعطاءٍ ، والضَّحَّاكِ ، وداودَ : أَنَّهُم قالوا : ( يَجِبُ  
عليهِ ذَلِكَ ) .

دليلنا : أَنَّهُ عتقُ لَمْ يَتَقَدَّمْ وجوبُهُ ، فلا يَجِبُ بطلبِ العبدِ ، كالعتقِ في غيرِ الكتابةِ .  
وإنْ طَلَبَ السيِّدُ أَنْ يَكاتبَ العبدَ فَكِرِهَ العبدُ .. لَمْ يُجْبِرِ العبدُ علىِ الكتابةِ ؛ لِأَنَّهُ  
عتقُ علىِ مالٍ ، فلمْ يُجْبِرِ العبدُ عليه ، كما لو قالَ لَهُ : إِنْ أَدَيْتَ إِلَيَّ أَلْفًا فَأَنْتَ حُرٌّ ..  
فإنَّهُ لا يُجْبِرُ علىِ أدائهِ .

وإنْ عُدِمَ الكسْبُ والأمانةُ في العبدِ .. لَمْ تُسْتَحَبَّ كتابتُهُ ؛ لِأَنَّهُ لا يحصلُ المقصودُ  
بالكتابةِ معَ فقْدِهما ، ولا تَكْرَهُ كتابتُهُ .

وقالَ أحمدُ وإسحاقُ : ( تَكْرَهُ كتابتُهُ إِذَا لَمْ يَكُنْ لَهُ كسْبٌ ، كما تَكْرَهُ مَخارَجةُ الأَمَةِ  
التي لا كسبَ لَهَا ) .

دليلنا : أَنَّهُ تعليقُ عتقٍ بصفةٍ ، فلا يَكْرَهُ ، كما لو كانَ لَهُ كسْبٌ . ويخالفُ الأَمَةُ ،  
فإنَّ ذَلِكَ رَبِّما دَعَاها إلى الزنا ، ولأنَّ المَخارَجةَ ليسَ فيها تحصيلُ العتقِ ، وهَاهُنَا رَبِّما

حصلَ له مالُ الكتابةِ ممَّا يخصُّهُ مِنَ الزكاةِ ، فأفترقا .

وإنْ كانتْ له أمانةٌ بلا كسبٍ . . فهل تُستحبُّ كتابتهُ ؟ فيه وجهان :

أحدهما : تُستحبُّ ؛ لأنَّهُ ربَّما حصلَ مالُ الكتابةِ مِنَ الصدقاتِ .

والثاني : لا تُستحبُّ ، وهو الأصحُّ ؛ لأنَّ اللهَ تعالى قال : ﴿ فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ

خَيْرًا ﴾ [النور : ٣٣] وقد دَلَّلنا على أَنَّ الخيرَ هاهنا : هو الكسبُ والأمانةُ ، وقد فُقدَ أحدهما .

فعلى هذا أيضاً : لا تكرهُ كتابتهُ .

فرعٌ : [لا يكتب من لا يكتسب] :

ولا يجوزُ أَنْ يُكَاتِبَ عبداً أجيراً ؛ لأنَّهُ لا يُمكنُهُ الاكتسابُ . ولا تصحُّ كتابةُ العبدِ

الموقوفِ ؛ لأنَّهُ لا يعتقُ بالمباشرةِ ، فلا يعتقُ بالمكاتبةِ .

ولا تصحُّ كتابةُ العبدِ المرهونِ ؛ لأنَّهُ معرَّضٌ للبيعِ في الرهنِ . وتصحُّ كتابةُ العبدِ

المُعارِ ؛ لأنَّهُ في ملكِ المُعيرِ .

وتصحُّ كتابةُ المدبِّرِ كما يجوزُ<sup>(١)</sup> عتقه ، فإنْ أدَّى المالَ قَبْلَ موتِ السيِّدِ . . عتقَ

بالكتابةِ . وإنْ ماتَ السيِّدُ قَبْلَ الأداءِ وخرجَ مِنَ الثُّلثِ . . عتقَ بالتدبيرِ ، وإنْ لم يخرجْ

مِنَ الثُّلثِ . . عتقَ منه ما أحتملهُ الثُّلثُ وبقيَ الباقي على الكتابةِ .

وتصحُّ كتابةُ أمِّ الولدِ كما يصحُّ عتقُها ، فإنْ أدَّتِ المالَ قَبْلَ موتِ السيِّدِ . . عتقتُ

بالكتابةِ ، وإنْ ماتَ السيِّدُ قَبْلَ الأداءِ . . عتقتُ بالاستيلاءِ .

مسألةٌ : [أشترط قول السيد إن أديت فأنت حر] :

قال الشافعي رحمه الله : ( ولا يعتقُ حتَّى يقولَ في الكتابةِ : فإذا أدَّيتَ فأنتَ حرٌّ ،

أو يقولَ بعدَ ذلكَ : إنَّ قولي : كاتبك كان معقوداً على أنَّك إذا أدَّيتَ ، فأنتَ حرٌّ ) .

(١) في (م) : (يصح) .

وجملة ذلك : أنَّ الكتابةَ تشتملُ على معاوضةٍ وصفةٍ ، ( فالمعاوضةُ ) قوله : كاتبُك على كذا . و ( الصفةُ ) قوله : فإذا أدَّيتَ فأنت حرٌّ .

فإذا قال ذلك ، أو قال : كاتبُك على كذا ، ونوى به العتق . . كان صريحاً .  
وإن قال : كاتبُك على كذا ، ولم يقل : فإذا أدَّيتَ فأنت حرٌّ ، ولا نوى ذلك . . فقد نصَّ هاهنا : ( أنَّه لا يعتقُ ) ، ونصَّ في المدبَّر : ( أنَّه إذا قال : دبَّرتُك ، ولم يقل : إذا متُّ فأنت حرٌّ ولا نواه . . أنَّه يصيرُ مدبَّراً ) .  
وآختلف أصحابنا فيهما على طريقين ، مضى ذكرُهما في التدبير .

### مسألة : [مكاتبه أحد الشريكين] :

إذا كان عبدٌ بينَ شريكين ، فكاتبه أحدهما في نصيبه منه بغيرِ إذنِ شريكه . . لم تصحَّ الكتابة .

وقال الحكم ، وأبْنُ أَبِي لَيْلَى ، والعنبريُّ ، والحسنُ بنُ صالح ، وأحمدُ :  
( يصحُّ )

دليلنا : أنَّ الكتابةَ تقتضي إطلاقه في الكسبِ والسفرِ لأجلِ الكسبِ ، ومِلْكُ نصفه يمنعُ عن ذلك ، ويمنعُ عن أن يأخذَ شيئاً من الزكاةِ ؛ لأنَّ جميعَ ما يكتسبه يكونُ لسيِّده نصفه فلا يدفعُ إلى سيِّده الزكاةَ ، ولأنَّه يُضرُّ شريكه بذلك ؛ لأنَّ قيمةَ نصيبه تنقصُ ، فلم يصحَّ .

وإن كاتبه بإذنِ شريكه . . ففيه قولان :

أحدهما : لا يصحُّ . وهو اختيارُ المُزَنِّي ؛ لما ذكرناه فيه إذا كاتبه بغيرِ إذنِ شريكه .

والثاني : يصحُّ . وبه قال أبو حنيفةٍ إلا أنَّه قال : ( إِذْنُهُ فِي ذَلِكَ يَقْتَضِي أَنَّ يُوَدِّي الْعَبْدُ مَالَ الْكَاتِبَةِ مِنْ جَمِيعِ كَسْبِهِ ، وَلَا يَرْجِعُ الْإِذْنَ بِشَيْءٍ ) ، وعندنا يُوَدِّي مالَ الكتابةِ ممَّا يخصُّ نصيبَ سيِّده الذي كاتبه من كسبه ؛ لأنَّ المنعَ من كتابتهٍ لحقَّ شريكه ، وقد زال ذلك بإذنه .



وقال أبو يوسف ومحمد : إذا أذن له . . صار جميعه مكاتباً .  
 دليلنا : أن الكتابة عقد معاوضة ، فلا تسري ، كسائر العقود .

فرع : [مكاتبه من بعضه حر] :

وإن كان يملك بعض عبد ، وباقيه حر ، فكاتبه على ما فيه من الرق . . صح ؛ لأنه عقد الكتابة على جميع ما فيه من الرق ، فهو كما لو كاتبه على جميعه وهو رقيق ، ولأن حرية باقيه لا تمنع شيئاً من مقصود الكتابة ، فلم تمنع صحتها .

وإن كان العبد له فكاتبه على بعضه . . فنصر الشافعي رحمه الله : ( أنه لا يصح ) .

فمن أصحابنا من قال : إذا قلنا : إنه يصح أن يكاتب نصيبه في العبد المشترك بإذن شريكه . . صح هاهنا أيضاً ؛ لأن اتفاهما على كتابة بعضه كاتفاق الشريكين .

وقال أكثر أصحابنا : لا يصح هاهنا قولاً واحداً ؛ لأنه إذا كاتبه على نصفه . . لم يعتق حتى يؤدّي ضعف مال الكتابة ؛ لأنه يحتاج أن يؤدّي إليه النصف بحكم النصف الرقيق ، ولأنه إذا أدى مال الكتابة . . عتق جميعه ؛ لأن العتق يسري في الملك ولا يتبعض ، فيؤدّي كتابة نصفه ويعتق جميعه ، وذلك خلاف مقتضى العقد ، فلم يصح العقد .

فرع : [وصى بمكاتبه عبده] :

وإن أوصى بكتابة عبده . . صحّت الوصية ؛ لأن الكتابة عقد يتعلق بها حق الله تعالى وحق آدمي . وتعتبر قيمة العبد من الثلث . فإن كان قد قدر المال الذي يكاتب عليه . . كوتب عليه ، سواء كان أقل من قيمته أو أكثر . وإن لم يقدّر ذلك . . كوتب على ما جرى العرف بكتابة مثله ؛ لأن العرف أن العبد يكاتب على أكثر من قيمته . فإن لم يختار العبد ذلك . . لم يجبر عليه ، كما أنه لا يجبر على قبول الوصية ، فإن طلب بعد ذلك . . لم يجب إليها ؛ لأن الموصي له إذا ردّ الوصية . . سقطت في حقه ويوفر الثلث على باقي أهل الوصايا .

وإن لم يحتمل الثلث جميع قيمة العبد . . فنصر الشافعي رحمه الله : ( أنه يكاتب منه القدر الذي يحتمله الثلث ) .

وأختلف أصحابنا فيه : فمنهم من قال : في هذا قولان ، كما لو كاتب نصيبه من العبد المشترك بإذن شريكه . فنصر هاهنا على أحدهما .

وقال أكثرهم : يصح هاهنا قولاً واحداً .

والفرق بينهما : أنا إنما منعنا المكاتب في بعض المشترك لما يلحق الشريك من الضرر ، وهاهنا لا ضرر على الورثة ؛ لأنهم ملكوه وقد لزمتهم مكاتبته ، ولأن الكتابة في العبد المشترك غير مستحقة ، والوصية في الكتابة أستحقت ، فإذا تعذرت في جميعه . . بقي الاستحقاق في بعضه .

فإذا قلنا بهذا : وأوصى أن يكاتب عبده على مئة وقيمته مئة ولا مال له غيره ، أو كاتبه في مرض موته على مئة وقيمته مئة ولا مال له غيره . . صحَّت الكتابة في ثلثه بحصته من مال الكتابة .

وهل تزداد التركة إذا أدّى المكاتب مال الكتابة ؟ حكى المحاملي في « التجريد » فيه قولين :

أحدهما - وهو المشهور - : أن التركة لا تزداد بذلك ؛ لأن التركة ما يخلّفها الميّت ، ومال الكتابة حصل للورثة بعد موت السيّد من ملكهم ، فهو كثمر البستان وولد الجارية بعد الموت .

والثاني - وهو اختيار المحاملي - : أن التركة تزداد بذلك ؛ لأن هذا المال إنما أستفيد بعقد الكتابة ، وعقد الكتابة وجب تنفيذه بوصية الميّت ، فكان كالمال الذي أستفيد بسبب من جهة الميّت .

فإذا قلنا بهذا : دخله الدور ، وهو : أنه إذا كاتبه على مئة في مرض موته وقيمته مئة . . قيل للمكاتب : إن عجلت مال الكتابة . . جازت الكتابة في نصفك بنجمين ، فحصل للورثة نصف الرقبة ونصف مال الكتابة ، وذلك مثلاً ما صحّت فيه الكتابة .

وحسابه : تجوز الكتابة في شيء من الرقبة ، وتبطل في رقبة إلا شيئاً ، ويؤدّي

المكاتبُ عما صَحَّتْ فِيهِ الْكِتَابَةُ شَيْئاً ؛ لِأَنَّ مَالَ الْكِتَابَةِ مِثْلُ قِيَمَتِهِ ، فَيَحْصُلُ لِلْوَرِثَةِ مِنَ الرِّقْبَةِ وَمَالِ الْكِتَابَةِ مِئَةُ دِرْهَمٍ وَذَلِكَ يَعْدَلُ شَيْئَيْنِ - الشَّيْءُ نِصْفُ الْمِئَةِ - وَذَلِكَ الْجَائِزُ بِالْكِتَابَةِ .

وَإِنْ لَمْ يُعْجَلْ مَالُ الْكِتَابَةِ . . صَحَّتِ الْكِتَابَةُ فِي الْحَالِ فِي ثُلَاثِ مَالِ الْكِتَابَةِ ، وَيُسَلَّمُ إِلَى الْوَرِثَةِ ثُلَاثُهُ ، فَكُلَّمَا أَدَّى شَيْئاً زَادَ فِي الْكِتَابَةِ بِقَدَرِ نِصْفِ مَا أَدَّى حَتَّى يُوَدِّي نِصْفَ الْكِتَابَةِ فَيَسْتَوْفِي وَصِيَّتَهُ .

وَهَلْ يَرُدُّ الْوَرِثَةُ مَا أَخَذُوا مِنْ كَسْبِ سُدُسِهِ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ :

**الصَّحِيحُ :** أَنَّهُمْ يَرُدُّونَهُ .

وَإِنْ كَاتَبَهُ عَلَى مِئَةِ وَخَمْسِينَ ، فَإِنْ قُلْنَا : لَا تَزْدَادُ التَّرَكَّةُ بِأَدَاءِ مَالِ الْكِتَابَةِ . . صَحَّتِ الْكِتَابَةُ فِي ثُلَاثِ بِخَمْسِينَ .

وَإِنْ قُلْنَا : تَزْدَادُ التَّرَكَّةُ بِأَدَاءِ مَالِ الْكِتَابَةِ ، فَإِنْ عَجَّلَ الْمَكَاتِبُ مَا عَلَيْهِ . . جازتِ الْكِتَابَةُ فِي شَيْءٍ مِنْهُ بِشَيْءٍ وَنِصْفِ شَيْءٍ ، فَيَحْصُلُ لِلْوَرِثَةِ مِنَ الرِّقْبَةِ وَالْكِتَابَةِ مِئَةُ دِرْهَمٍ وَنِصْفُ شَيْءٍ - وَذَلِكَ يَعْدَلُ شَيْئَيْنِ - فَاسْقِطْ نِصْفَ الشَّيْءِ الزَّائِدِ عَلَى الْمِئَةِ ، وَأَسْقِطْ بِإِزَائِهِ نِصْفَ شَيْءٍ مِنَ الشَّيْئَيْنِ الْمُقَابِلَيْنِ لَهُ . . فَيَبْقَى مِئَةُ تَعْدَلُ شَيْئاً وَنِصْفَ شَيْءٍ ، الشَّيْءُ ثُلَاثُ الْمِئَةِ - وَذَلِكَ ثُلَاثُ الْعَبْدِ - وَهُوَ الْجَائِزُ فِي الْكِتَابَةِ بِثُلَاثِي مَالِ الْكِتَابَةِ - وَهُوَ مِئَةُ - فَيَبْقَى لِلْوَرِثَةِ ثُلَاثُ الرِّقْبَةِ ، وَقِيَمَتُهُ ثَلَاثَةُ وَثَلَاثُونَ وَثَلَاثُ ، وَمِنْ مَالِ الْكِتَابَةِ مِئَةُ ، وَذَلِكَ مِثْلًا مَا صَحَّتْ فِيهِ الْكِتَابَةُ .

**وَالصَّحِيحُ :** أَنَّ التَّرَكَّةَ لَا تَزْدَادُ بِأَدَاءِ مَالِ الْكِتَابَةِ ؛ لِأَنَّ الشَّافِعِيَّ رَحِمَهُ اللَّهُ قَالَ فِي آخِرِ الْمَسْأَلَةِ : ( فَإِذَا أَدَّى . . عَتَقَ ثُلَاثُهُ وَرَقَّ ثُلَاثُهُ ) فَلَوْ أَزْدَادَتِ التَّرَكَّةُ بِذَلِكَ . . لَكَانَ الْعَتَقُ أَكْثَرَ مِنْ ثُلَاثِهِ .

**مَسْأَلَةٌ :** [الكتابة على مال مؤجل بنجمين أو أكثر] :

وَلَا تَصَحُّ الْكِتَابَةُ إِلَّا بِعَوَضٍ مُؤَجَّلٍ ، وَأَقْلُ تَأْجِيلِهِ نَجْمَانِ . وَبِهِ قَالَ أَحْمَدُ .

وَقَالَ مَالِكٌ وَأَبُو حَنِيفَةَ : ( تَصَحُّ الْكِتَابَةُ بِعَوَضٍ حَالٍ ) .

وَلَبَّيْنَا : مَا رَوَى عَنْ عُثْمَانَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : ( أَنَّهُ غَضِبَ عَلَى عَبْدٍ لَهُ ، فَقَالَ :

لأَعَابِنَكَ وَلَأُكَاتِبَنَّكَ عَلَى نَجْمَيْنِ<sup>(١)</sup> فَقَصَدَ التَّضْيِيقَ عَلَيْهِ بِذَلِكَ ، وَلَوْ كَانَتِ الْكِتَابَةُ تَصَحُّ عَلَى أَقَلِّ مِنْ ذَلِكَ . . لَكَاتَبَهُ عَلَيْهِ .

وَرَوَى عَنْ عَلِيٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : أَنَّهُ قَالَ : ( الْكِتَابَةُ عَلَى نَجْمَيْنِ ، وَالْإِيتَاءُ مِنَ الثَّانِي )<sup>(٢)</sup> وَهَذَا يَقْتَضِي أَقَلَّ مَا يَجُوزُ عَلَيْهِ الْكِتَابَةُ ؛ لِأَنَّ الْكِتَابَةَ عَلَى أَكْثَرِ مِنْ نَجْمَيْنِ مَعْلُومٌ بِالْإِجْمَاعِ .

وَرَوَى : أَنَّ جَمَاعَةً مِنَ الصَّحَابَةِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ عَقَدُوا الْكِتَابَةَ ، وَمَا رَوَى عَنْ أَحَدٍ مِنْهُمْ أَنَّهُ عَقَدَهَا حَالَةً ، فَدَلَّ عَلَى أَنَّ ذَلِكَ إِجْمَاعٌ مِنْهُمْ .

وَلِأَنَّهُ إِذَا كَاتَبَهُ عَلَى عَوَضٍ حَالًا ، تَوَجَّهَتْ الْمَطَالِبَةُ لِلسَّيِّدِ عَلَيْهِ بِهِ وَهُوَ مَعْسِرٌ بِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ شَيْئًا ، فَيَفْسَخُ السَّيِّدُ الْكِتَابَةَ ، فَيَبْطُلُ الْمَقْصُودُ بِالْكِتَابَةِ .

قَالَ أَبُو الْعَبَّاسِ : وَلِأَنَّ الْكِتَابَةَ مُشْتَقَّةٌ مِنْ ضَمِّ نَجْمٍ إِلَى نَجْمٍ ، وَأَقَلُّ ذَلِكَ نَجْمَانِ . أَلَا تَرَى أَنَّ الْكِتَابَةَ بِالْخَطِّ لَا تَكُونُ الْكَلِمَةُ فِيهَا أَقَلُّ مِنْ حَرْفَيْنِ .

إِذَا ثَبَتَ هَذَا : فَمِنْ شَرَطِ مَالِ الْكِتَابَةِ أَنْ يَكُونَ مَعْلُومًا . وَمِنْ شَرَطِ النُّجُومِ أَنْ تَكُونَ مَعْلُومَةً ، وَمَا يُوَدِّى مِنَ الْمَالِ فِي كُلِّ نَجْمٍ مَعْلُومًا ، كَمَا نَقُولُ فِي الْمُسَلَّمِ فِيهِ .

فِرْعٌ : [ الْمَكَاتِبَةُ عَلَى عَمَلٍ ] :

وَيَجُوزُ أَنْ يَكَاتَبَهُ عَلَى الْعَمَلِ فِي ذِمَّتِهِ ، كَمَا يَجُوزُ أَنْ يَسْتَأْجِرَهُ عَلَى عَمَلٍ فِي ذِمَّتِهِ . فَإِنْ كَاتَبَهُ عَلَى عَمَلَيْنِ فِي ذِمَّتِهِ . . صَحَّ ، كَمَا يَجُوزُ أَنْ يَسْتَأْجِرَهُ عَلَى ذَلِكَ .

(١) وكذا أورد خبر عثمان ابن قدامة في « المغني » ( ٤١٨ / ٩ ) في المكاتب . وأخرجه مطولاً من طريق مسلم بن أبي مريم عن رجل قال : كنت مملوكاً لعثمان البيهقي في « السنن الكبرى » ( ٣٢٠ / ١٠ - ٣٢١ ) في المكاتب ، وكذا نقله عنه المتقي الهندي في « كنز العمال » ( ٢٩٧٧١ ) ، وذكره في « تلخيص الحبير » ( ٢٣٨ / ٤ ) في الكتابة .

(٢) أوردته عن أبي تراب علي الحافظ في « تلخيص الحبير » ( ٢٣٩ / ٤ ) بلفظه ثم قال : قال ابن أبي شيبه : [ وهو في « المصنف » ( ١٦٥ / ٥ ) باب : من رد المكاتب إذا عجز ، ولفظه : ] ( إذا تابع على المكاتب نجران ، فدخل في السنة فلم يؤد نجومه . . رُدَّ إِلَى الرِّقِ ) . ونحوه ما رواه ابن حزم في « المحلى » ( ٢٤١ / ٩ ) ، والبيهقي في « السنن الكبرى » ( ٣٤٢ / ١٠ ) بلفظ : ( إذا عجز المكاتب . . استسعى حولين ، فإن أدَّى ، وإلا رُدَّ فِي الرِّقِ ) .

فرع : [المكاتبه على خدمة شهر ومال بعده] :

قال الشافعي رحمه الله : ( ولا بأس أن يكاتبه على خدمة شهر ودينار بعد أنقضاء الشهر ) .

وهذا ينظر فيه : فإن كاتبه على خدمة شهر ودينار بعد أنقضاء الشهر بيوم أو يومين . . صح ، ومن شرط الشهر أن يكون متصلاً بالعقد ، كما قلنا في الإجارة .  
فإن قيل : فالعوض في الكتابة لا يكون حالاً . . فكيف جاز هاهنا أن يكون الشهر متصلاً بالعقد ؟

قلنا : إنما لم يَجْزُ في العوض أن يكون حالاً ؛ لأنه يتحقق عجزه عنه ، وأما الخدمة : فهو قادر عليها ، فلهذا جازت الكتابة عليها حالة .

وإن كاتبه على خدمة شهر ودينار بعد أنقضاء الشهر من غير فصل بينهما . . فهل يصح ؟ فيه وجهان :

قال أبو إسحاق : لا يصح ؛ لأنه يكون كتابة على نجم واحد ، فلم تصح .

وقال أبو علي بن أبي هريرة : يصح ، وهو المذهب ؛ لأن الكتابة إنما لم تصح على نجم واحد ؛ لأنه لا يقدر على تحصيله ، وهاهنا يقدر على خدمة شهر ودينار بعده ، فصحت الكتابة .

وهكذا : لو كاتبه على خدمة شهر ودينار في أثناء الشهر . . صح ذلك ؛ لأن الشافعي قال في « الأم » [٣٧٤/٧] : ( إذا شرط الدينار بعد الشهر أو معه . . كان جائزاً ، وإن كاتبه على دينار وخدمة شهر بعد الدينار . . لم يصح ) .

وقال أصحاب أحمد : يصح .

دليلنا : أن من شرط الشهر أن يكون متصلاً بالعقد ، ومن شرط العوض أن يكون متراخياً عن العقد بالأجل ، فإذا شرط حلول الدينار وتأجيل الشهر . . لم يصح .

قال ابن الصبّاغ : وإطلاق الخدمة يكفي ؛ لأنها معلومة بالعرف ، ويلزمه خدمة مثله .



وَلَوْ قَالَ : عَلَى مَنْفَعَةٍ شَهْرٍ . . لَمْ يَصَحَّ ؛ لِأَنَّهَا تَخْتَلَفُ .  
وَإِنْ كَاتَبَهُ عَلَى خِدْمَةٍ شَهْرَيْنِ . . لَمْ يَصَحَّ ؛ لِأَنَّهُ نَجْمٌ وَاحِدٌ .

**فَرْعٌ :** [كاتبه على دينار بعد شهر ودينارين بعد شهرين] :

وَإِنْ كَاتَبَهُ عَلَى دِينَارٍ إِلَى شَهْرٍ ، وَدِينَارَيْنِ إِلَى شَهْرَيْنِ ، عَلَى أَنَّهُ إِذَا أَدَّى الدِينَارَ الْأَوَّلَ ، عَتَقَ ، وَإِذَا أَدَّى الدِينَارَيْنِ ، فَهُوَ حُرٌّ . . فَحَكَى أَبُو الْعَبَّاسِ فِيهَا قَوْلَيْنِ :  
فـ [أَحَدُهُمَا] : مَنْ أَصْحَابُنَا مَنْ قَالَ : هَذَا عَقْدٌ جَمَعَ بَيْنَ شَيْئَيْنِ مُخْتَلَفِي الْأَحْكَامِ ؛ لِأَنَّهَا صَفْقَةٌ جَمَعَتْ كِتَابَةً وَعَتَقًا بِصَفَةٍ ، فَكَانَ فِيهَا قَوْلَانِ ، كَمَا لَوْ جَمَعَ بَيْنَ الْكِتَابَةِ وَالْبَيْعِ .

و[الثاني] : مِنْهُمْ مَنْ قَالَ : فِيهَا قَوْلَانِ مُخْتَصَّانِ بِهَا :

أَحَدُهُمَا : لَا تَصَحُّ الْكِتَابَةُ ؛ لِأَنَّهُ شَرَطَ فِيهَا مَا يَنَافِيهَا ؛ لِأَنَّ مَقْتَضَى الْكِتَابَةِ أَنْ يَعْتَقَ بَعْدَ أَدَاءِ جَمِيعِ مَالِهَا ، فَإِذَا شَرَطَ أَنْ يَعْتَقَ بِأَدَاءِ بَعْضِهِ . . لَمْ يَصَحَّ .  
وَالثَّانِي : يَصَحُّ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ كَاتَبَهُ كِتَابَةً مُطْلَقَةً فَأَدَّى بَعْضَ مَالِ الْكِتَابَةِ ، فَأَعْتَقَهُ عَلَى أَنْ يُوَدِّيَ الْبَاقِيَ بَعْدَ عَتَقِهِ . . صَحَّ . فَإِذَا شَرَطَ ذَلِكَ فِي الْإِبْتِدَاءِ<sup>(١)</sup> . . وَجَبَ أَنْ يَصَحَّ .

**مَسْأَلَةٌ :** [كاتب عبيدين أو ثلاثة على مئة درهم] :

وَإِنْ كَاتَبَ رَجُلٌ عَبْدَيْنِ أَوْ ثَلَاثَةً أَعْبَدَ لَهُ بِمِئَةِ دَرَاهِمٍ ، فِي نَجْمَيْنِ أَوْ أَكْثَرَ ، بِعَقْدٍ وَاحِدٍ . . فَنَصَّ الشَّافِعِيُّ : ( أَنَّ الْكِتَابَةَ صَحِيحَةٌ ، وَتُقَسَّمُ الْمِئَةُ بَيْنَهُمْ عَلَى قَدْرِ قِيَمَتِهِمْ ) .

وَنَصَّ : ( أَنَّهُ لَوْ تَزَوَّجَ أَرْبَعَ نِسْوَةٍ بِعَقْدٍ وَاحِدٍ عَلَى عَوْضٍ وَاحِدٍ . . صَحَّ النِّكَاحُ ، وَفِي الْمَهْرِ قَوْلَانِ . وَإِنْ خَالَعَ أَرْبَعَ نِسْوَةٍ بِعَوْضٍ وَاحِدٍ . . صَحَّ الْخُلْعُ ، وَفِي الْعَوْضِ قَوْلَانِ ) .

(١) فِي نَسْخَةٍ : ( الْإِنْتِهَاء ) .

قال أصحابنا : وهكذا قولان في الكتابة :

أحدهما : تصح الكتابة ويُقسَّم العوضُ المسمَّى عليهم على قدر قيمتهم . وبه قال مالك وأبو حنيفة ؛ لأنَّ جملة العوضِ معلومٌ ، وإنَّما يجهل ما يقابل كلَّ واحدٍ منهم ، فلم يؤثِّر ، كما لو باع رجلُ ثلاثةَ أعبُدٍ له من رجلٍ بعوضٍ .

والثاني : لا تصحُّ الكتابة .

قال المحامليُّ : وهو الأشبه ؛ لأنَّ عقدَ الواحدِ مع الاثنينِ بمنزلةِ العقدين ، وعقدَ الواحدِ مع الثلاثةِ بمنزلةِ ثلاثةِ عقودٍ .

ولو كاتب كلَّ واحدٍ منهم بعقدٍ منفردٍ مع الجهلِ بالعوضِ . . لكان باطلاً ، فكذلك هذا مثله . ويخالفُ البيعُ ، فإنَّه إذا باع رجلٌ من رجلٍ ثلاثةَ أعبُدٍ له بعوضٍ واحدٍ . . صحَّ ؛ لأنَّه عقدٌ واحدٌ وصفقةٌ واحدةٌ .

وهكذا : إذا باع ثلاثةَ أنفسٍ ثلاثةَ أعبُدٍ لهم مُشاعةً بينهم ، من رجلٍ بعقدٍ واحدٍ بثمنٍ واحدٍ . . صحَّ البيعُ قولاً واحداً ؛ لأنَّ نصيبَ كلِّ واحدٍ منهم يقعُ بثُلثِ الثمنِ مُشاعاً .

وهكذا : إنَّ باع رجلٌ ثلاثةَ عبيدٍ له من ثلاثةِ أنفسٍ بعقدٍ واحدٍ . . صحَّ قولاً واحداً ، ويملكُ كلُّ واحدٍ منهم ثلثَ العبيدِ مُشاعاً .

وإنَّ باع رجلٌ ثلاثةَ عبيدٍ له ، من ثلاثةِ أنفسٍ بعقدٍ واحدٍ ، من كلِّ واحدٍ عبداً ، بثمنٍ واحدٍ ، بأنَّ يقولَ : بعْتُك يا زيدُ هذا العبدُ ، وبعتُك يا عمروُ هذا الآخرُ ، وبعتُك يا خالدُ هذا الآخرُ بالْف . . ففيه طريقانِ :

[أحدهما] : قال أبو العباسِ : في البيعِ قولانِ كالكتابة .

و[الثاني] : قال أبو إسحاق وأبو سعيد الإصطخريُّ : يبطلُ البيعُ قولاً واحداً ، وقد مضى ذكرُها في ( البيع ) .

فإذا قلنا : تصحُّ الكتابة . . قُسِّمَ المالُ المسمَّى على قيمتهم وقتَ عقدِ الكتابة .

**مسألة :** [الشريكان في العبد يكاتبانه على قدر نصيبهما] :

وإن كان عبدٌ بينَ شريكين . . لَمْ يَجْزُ لَهُمَا أَنْ يَكْتَابَهُ إِلَّا عَلَى قَدَرِ مِلْكِهِمَا ، ولا يجوزُ لَهُمَا التفاضلُ في المالِ معَ تساوي المِلَكَيْنِ ، ولا التساوي في المالِ معَ تفاضلِ المِلَكَيْنِ .

وقال أبو حنيفة : ( يجوزُ ) .

ودليلنا : أَنَّ ذَلِكَ يُوَدِّي إِلَى أَنْ يَنْتَفِعَ أَحَدُهُمَا بِمَالِ الْآخَرِ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا دَفَعَ إِلَى أَحَدِهِمَا أَكْثَرَ مِنْ قَدَرِ مِلْكِهِ ، ثُمَّ عَجَزَ . . رَجَعَ الْآخَرُ عَلَيْهِ بِذَلِكَ .

وإن فعلَ أَحَدُهُمَا ذَلِكَ بِإِذْنِ شريكِهِ . . فَاخْتَلَفَ أَصْحَابُنَا فِيهِ :

فمنهُم مَن قالَ : فِيهِ قَوْلَانِ ، كما لو كَاتَبَهُ أَحَدُهُمَا دُونَ الْآخَرِ بِإِذْنِ شريكِهِ ، وهو ظاهرُ النصِّ .

ومنهُم مَن قالَ : لا يَصِحُّ هَذَا قَوْلًا وَاحِدًا ؛ لِأَنَّ هَاهُنَا يُوَدِّي إِلَى أَنْ يَنْتَفِعَ أَحَدُهُمَا بِنَصيبِ شريكِهِ ، وَإِذَا كَاتَبَهُ أَحَدُهُمَا بِإِذْنِ شريكِهِ . . لَمْ يُوَدِّ إِلَى أَنْ يَنْتَفِعَ أَحَدُهُمَا بِنصيبِ شريكِهِ ، فَافْتَرَقَا .

**فرع :** [الكتابة على شرط فاسد أو مستقبل] :

ولا تصحُّ الكتابةُ إِلَى شرطٍ فاسِدٍ ، ولا تعليقُها على شرطٍ مُستقبلٍ ؛ لِأَنَّهَا مُعَاوِضَةٌ ، فلا تصحُّ على شرطٍ فاسِدٍ ولا تعليقُها على شرطٍ ، كَالْبَيْعِ .

**مسألة :** [لزوم الكتابة من جهة السيد] :

وَإِذَا صَحَّتِ الْكِتَابَةُ . . لَزِمَتْ مِنْ جِهَةِ السَّيِّدِ ، فلا يجوزُ لَهُ فسخُها قَبْلَ عَجْزِ المِكَاتِبِ ؛ لِأَنَّهُ أَسْقَطَ حَقَّهُ مِنْهُ بِالْعَوَضِ ، فهو كما لو باعَهُ .

ولا تلزمُ الكتابةُ مِنْ جِهَةِ الْعَبْدِ ، بَلْ يَجوزُ لَهُ أَنْ يَمْتَنِعَ مِنْ أَداءِ الْكِتَابَةِ ، ولا يُجْبَرُ على أدائها وَإِنْ كانَ مُوسِرًا بِهَا ؛ لِأَنَّ كُلَّ ما لا يُجْبَرُ على فعلِهِ إِذَا لَمْ يَجْعَلْ شرطًا فِي

عتقه ، لم يُجبر على فعله وإن جعل شرطاً في عتقه ، كالسُنن في الصلاة وسائر التطوعات .

وللسيد أن يفسخ الكتابة بنفسه إذا عجز العبد أو أمتنع من الأداء ، إلا أنه إنما أسقط حقه منه بالعوض ، فإذا تعذر العوض . . كان له أن يرجع إلى عين ماله ، كما لو باع من رجل عينا وأفلس المشتري بالثمن .

وهل يجوز للعبد أن يفسخ الكتابة ؟ فيه وجهان :

أحدهما : له أن يفسخ ؛ لأنه عقد لحظه ، فملك فسخه ، كالمرتهن .

والثاني : ليس له أن يفسخ ، ولم يذكر المحاملي غيره ؛ لأنه لا ضرر عليه في البقاء على العقد ، ولا فائدة له في الفسخ .

والأول أقيس ؛ لأنه يستفيد بالفسخ وجوب نفقته على المولى .

فإن تراضيا على الفسخ وفسخا . . صح ؛ لأنه عقد يلحقه الفسخ بحال فجاز لهما فسخه بالتراضي ، كالبيع . وفيه احتراز من الخلع<sup>(١)</sup> .

فرع : [موت السيد لا يبطل الكتابة] :

وإذا مات المولى قبل الأداء . . لم تبطل الكتابة ؛ لأنه لازم من جهته ، فلم تبطل بموته ، كسائر العقود اللازمة .

فإن مات العبد وقد بقي عليه شيء من مال الكتابة . . مات رقيقاً ، وكان جميع ما خلفه للمولى ، سواء خلف وفاء بما عليه أو لم يخلف .

وقال أبو حنيفة ومالك : ( إن خلف وفاء عليه . . لم تنسخ الكتابة ) .

إلا أن أبا حنيفة يقول : ( إذا خلف وفاء . . أدى عنه مال الكتابة ، وعتق في آخر جزء من أجزاء حياته . وإن لم يخلف وفاء . . حكم الحاكم بعجزه ، وأنفسخت الكتابة ) .

(١) في نسخة : ( الفسخ ) .

ومالكٌ يقولُ : ( إِنْ كَانَ لَهُ وَلَدٌ حُرٌّ . . أَنْفَسَخْتَ الْكِتَابَةَ . وَإِنْ كَانَ مَمْلُوكًا لِلْمَكَاتِبِ . . أُجْبِرَ عَلَى دَفْعِ الْمَالِ إِنْ كَانَ لَهُ مَالٌ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ . . أُجْبِرَ عَلَى الْاِكْتِسَابِ وَالْأَدَاءِ ) .

دليلُنَا : أَنَّهُ مَاتَ قَبْلَ أَدَاءِ مَالِ الْكِتَابَةِ ، فَأَنْفَسَخْتَ الْكِتَابَةَ ، كَمَا لَوْ لَمْ يَخْلُفْ وَفَاءً .  
فَإِنْ قِيلَ : إِذَا لَمْ يَبْقَ عَلَى الْمَكَاتِبِ مِنْ مَالِ الْكِتَابَةِ إِلَّا قَدْرٌ يَسِيرٌ بِقَدْرِ الْإِيْتَاءِ الَّذِي يَجِبُ عَلَى السَّيِّدِ . . فَهَلَّا قُلْتُمْ إِنَّهُ يَعْتَقُ ؛ لِأَنَّهُ يَجِبُ عَلَى السَّيِّدِ الْإِيْتَاءُ ؟  
قُلْنَا : إِنَّمَا لَمْ يَعْتَقُ ؛ لِأَنَّ عَلَى السَّيِّدِ أَنْ يَفْعَلَهُ ، فَلَا يَقَعُ بِنَفْسِهِ ، كَمَا لَوْ وَصَّى بِأَنْ يُعْتَقَ عَنْهُ عَبْدٌ ، فَمَاتَ السَّيِّدُ ، ثُمَّ مَاتَ الْعَبْدُ قَبْلَ أَنْ يَعْتَقَ .

**مَسْأَلَةٌ :** [مكاتبه الذمي عبده الكافر] :

وَإِذَا كَاتَبَ الذَّمِّيُّ عَبْدَهُ الْكَافِرَ . . صَحَّتِ الْكِتَابَةُ ؛ لِأَنَّ الْكِتَابَةَ تَشْتَمِلُ عَلَى مَعَاوِضَةٍ وَصَفَةٍ ، وَهُمَا يَصْحَاحَانِ مِنَ الذَّمِّيِّ كَالْمُسْلِمِ . فَإِنْ تَرَاَفَعَا إِلَى الْحَاكِمِ . . نَظَرَ فِي الْكِتَابَةِ :

فَإِنْ كَانَتْ صَحِيحَةً فِي شَرْعِنَا . . حَكَمَ الْحَاكِمُ بِصَحَّتِهَا ، سَوَاءً تَرَاَفَعَا إِلَى الْحَاكِمِ قَبْلَ الْإِسْلَامِ أَوْ بَعْدَهُ .

وَإِنْ كَانَتْ فَاسِدَةً فِي شَرْعِنَا ، بِأَنَّ كَاتِبَهُ عَلَى خَمْرِ أَوْ خَنْزِيرٍ وَمَا أَشْبَهَهُ ، فَإِنْ تَقَابَضَا فِي حَالِ الشَّرِكِ ، ثُمَّ تَرَاَفَعَا إِلَى الْحَاكِمِ قَبْلَ الْإِسْلَامِ أَوْ بَعْدَهُ . . لَمْ يَتَعَرَّضِ الْحَاكِمُ لِنَقْضِهَا وَلَا لَصَحَّتِهَا ، بَلْ يَحْكُمُ بِعَتَقِ الْعَبْدِ بِأَدَاءِ مَا وَقَعَتْ عَلَيْهِ الْكِتَابَةُ ؛ لِأَنَّ مَا فَعَلَهُ فِي حَالِ الشَّرِكِ قَدْ لَزِمَ بِالْقَبْضِ .

وَإِنْ أَقْبَضَهُ ذَلِكَ بَعْدَ الْإِسْلَامِ ، ثُمَّ تَرَاَفَعَا إِلَى الْحَاكِمِ . . حَكَمَ بِعَتَقِ الْعَبْدِ بِحَكْمِ الصَّفَةِ ، وَثَبَتَ التَّرَاجُعُ بَيْنَهُمَا ، كَالْكِتَابَةِ الْفَاسِدَةِ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ .

وَإِنْ أَقْبَضَهُ بَعْضُ الْعَوَاضِ فِي حَالِ الشَّرِكِ ، ثُمَّ تَرَاَفَعَا بَعْدَ الْإِسْلَامِ . . فَإِنَّ الْحَاكِمَ يَحْكُمُ بِفَسَادِ هَذِهِ الْكِتَابَةِ ؛ لِأَنَّ الْكِتَابَةَ الْفَاسِدَةَ لَا يَعْتَقُ الْعَبْدُ فِيهَا بِقَبْضِ بَعْضِ الْعَوَاضِ .



إذا ثبتَ هذا : فلا فرقَ بينَ أنْ يُسَلِّمَ ، أو يُسَلِّمَ أَحَدُهُما فيما ذكرناه ؛ لأنَّ التغليبَ لحُكْمِ الإسلامِ .

وقالَ أبو حنيفةَ : ( إذا كاتبَهُ على خمرٍ ثمَّ أسْلَمَ . . لم يَبطلِ العقدُ ، ويؤدِّي إليه قيمةُ الخمرِ ) .

دليلُنا : أنَّ هذا العقدَ لو عَقَداهُ بخمرٍ أو خنزيرٍ . . كانَ فاسداً ، فإذا أسْلَمَ أَحَدُهُما قَبْلَ التقابضِ . . حَكَمَ بفسادهِ ، كالبيعِ .

مسألةٌ : [مكاتبةُ الحربى عبده] :

إذا كاتبَ الحربى عبدهُ . . صحَّتِ الكتابةُ ؛ لأنَّ له ملكاً تاماً . وقالَ مالكٌ : ( لا يملكُ ) . وقالَ أبو حنيفةَ : ( ملكُهُ ناقصٌ ؛ لأنَّه يجوزُ<sup>(١)</sup> للمسلمِ تملكُهُ عليه ) .

دليلُنا : قوله تعالى : ﴿ وَأَوْزَحْكُمْ أَرْضَهُمْ وَدِيَارَهُمْ ﴾ [الأحزاب : ٢٧] وهذه إضافةٌ إليهم تقتضي ملكَهُم .

إذا ثبتَ هذا : فإنَّ دخلاً دارَ الإسلامِ مستأمنينِ . . لم يتعرَّضِ الحاكمُ لهُما . فإنَّ ترافعا إليه ، فإنَّ كانتَ كتابةٌ صحيحةً . . ألزَمَهُما الحاكمُ حُكْمَها . وإنَّ كانتَ فاسدةً . . بيَّنَ لهُما فسادَها .

فإنَّ جاءا وقد قَهَرَ أَحَدُهُما الآخرَ في دارِ الشركِ . . فقد بطلتِ الكتابةُ ؛ لأنَّ العبدَ إنَّ قَهَرَ سيِّدهُ . . فقد مَلَكَ نَفْسَهُ ، وبطلتِ الكتابةُ . وإنَّ قَهَرَ السيِّدُ العبدَ على إبطالِ الكتابةِ . . فقد عادَ رقيقاً ؛ لأنَّ دارَ الكفرِ دارُ القهرِ والإباحةِ .

ولهذا : لو قَهَرَ حرٌّ حرّاً على نَفْسِهِ . . مَلَكَهُ . وإنَّ قَهَرَ أَحَدُهُما الآخرَ في دارِ الإسلامِ . . لم يصحَّ قَهْرُهُ ، وكانا على ما كانا عليه قَبْلَ القهرِ ؛ لأنَّ دارَ الإسلامِ دارُ حَظَرٍ<sup>(٢)</sup> لا يؤثِّرُ فيها القهرُ إلاَّ بالحقِّ .

(١) في ( م ) : ( لا يجوز ) .

(٢) في نسختين : ( حصن ) . الحظر : المنع .

فرعٌ : [مكاتبه المسلم عبده الكافر] :

وإن كاتب المسلم عبده الكافر . . صحَّ ؛ لأنَّ ملكه صحيحٌ عليه ، فإذا أدَّى إليه مال الكتابة . . عتق ، وقيلَ له : إن أسلمت . . فلا كلام ، وإن اخترتَ المقامَ على الكفر ، فإن أردتَ المقامَ في دار الإسلام . . فأعقدِ الذمَّةَ والتزمَ بالجزية إن كنتَ ممنْ يجوزُ له عقدُ الذمَّةَ ، وإلا . . فالحقُّ بدار الحرب . . فإنَّ اختارَ الرجوعَ إلى دار الحرب . . صارَ حرباً لنا ، فإن وقعَ في الأسر . . كانَ الإمامُ مخيراً فيه بينَ القتلِ والمَنْ والفداء . ولا يجوزُ أسترقاقه ؛ لأنَّ في ذلك إبطالَ ولأئ سيِّده الذي ثبتَ له عليه بالعتق .

مسألةٌ : [مكاتبه المرتد عبده] :

قال الشافعي رحمه الله : ( ولو كاتب المرتد عبده قبل أن يقفَ الحاكمُ ماله . . كانَ جائزاً ) .

وقال في ( المدبِّر )<sup>(١)</sup> : ( إذا دبَّر عبده . . ففيه ثلاثة أقوالٍ :

أحدها : يصحُّ . والثاني : لا يصحُّ . والثالثُ : أنَّه موقوفٌ ) .

وأختلف أصحابنا في الكتابة :

فمنهم من قال : فيها ثلاثة أقوالٍ كالتدبير ؛ لأنَّه عتقٌ بصفة كالتدبير .

ومنهم من قال : في الكتابة قولان :

أحدهما : يصحُّ .

والثاني : لا يصحُّ .

ولا يجيءُ القولُ بالوقف ؛ لأنَّ الكتابةَ عقدٌ معاوضةٌ ، وعقودُ المعاوضاتِ لا تقعُ

موقوفةً عندنا .

(١) كما في « الأم » ( ٣٥٥ / ٧ ) : في ( تدبير أهل دار الحرب ) ، وفي نسختين : ( المرتد ) ، وهو في « الأم » ( ٢٠٢ / ٤ ) بنحوه .

## والأَوَّلُ أَصَحُّ .

إذا ثَبَتَ هذا : فإنَّ أَدَى المَكَاتِبِ مالَ الكِتَابَةِ إلى سَيِّدِهِ المَرْتَدِّ ، فإنَّ كَانَ قَبْلَ أَنْ يَقِفَ الحَاكِمُ مَالَهُ وَيُخَجِّرَ عَلَيْهِ . . ففي صَحَّةِ الأَدَاءِ ثَلَاثَةُ أَقْوَالٍ بِنَاءً عَلَى الكِتَابَةِ :

فإنَّ قُلْنَا : إنَّ الكِتَابَةَ صَحِيحَةٌ . . صحَّ الأَدَاءُ وعتقَ العَبْدُ .

وإنَّ قُلْنَا : إنَّ الكِتَابَةَ باطِلَةٌ . . لَمْ يَصَحَّ الأَدَاءُ وَلَمْ يَعتَقِ العَبْدُ ؛ لأنَّ عَدَمَ الصَّحَّةِ لَعَدَمِ المَلِكِ ، وَذلكَ مانِعٌ مِنْ صَحَّةِ العَتَقِ ، فَهوَ كَمَا لوَ كَاتَبَ الصَّبِيُّ عِبْدَهُ .

وإنَّ قُلْنَا : إنَّهَا مَوْقُوفَةٌ . . وَقِفَ الأَدَاءُ . فإنَّ عَادَ إلى الإِسْلَامِ صحَّ الأَدَاءُ وعتقَ العَبْدُ . وإنَّ مَاتَ أَوْ قُتِلَ عَلَى الرَّدَّةِ . . لَمْ يَصَحَّ الأَدَاءُ وَلَمْ يَعتَقِ العَبْدُ .

وإنَّ كَانَ الأَدَاءُ بَعْدَ أَنْ وَقَفَ الحَاكِمُ مَالَهُ وَحَجَرَ عَلَيْهِ ، فإنَّ قُلْنَا : إنَّ الكِتَابَةَ صَحِيحَةٌ . . فالأَدَاءُ غَيْرُ صَحِيحٍ لِأَجْلِ الحَجَرِ ، فإنَّ كَانَ المَالُ باقِيًا فِي يَدِ السَّيِّدِ . . أَسْتَرْجَعُهُ مِنْهُ وَرَفَعَهُ إلى الحَاكِمِ وعتقَ . وإنَّ كَانَ تَالِفًا . . لَمْ يَرْجِعِ المَكَاتِبُ عَلَى سَيِّدِهِ بِشَيْءٍ ؛ لِأَنَّهُ فَرَطَ بِالدَّفْعِ إِلَيْهِ ، وَطالَبَ الحَاكِمُ المَكَاتِبَ بِمالِ الكِتَابَةِ ، فإنَّ أَدَّاهُ . . عَتَقَ . وإنَّ عَجَزَ . . عَادَ رَقِيْقًا . فإنَّ أَسْلَمَ السَّيِّدُ قَبْلَ أَنْ يَعتَقَ العَبْدُ . . أَحْتَسِبَ للعَبْدِ بِمَا كَانَ دَفَعَهُ إِلَيْهِ فِي حَالِ الرَّدَّةِ .

فإنَّ قِيلَ : أَلَيْسَ لوَ دَفَعَ إلى المَحْجُورِ عَلَيْهِ لِسْفِهِ مالًا فَأَتْلَفَهُ ، لَمْ يَضْمَنْ ، وَإِذَا زَالَ الحَجَرُ ، لَمْ يُحْتَسَبَ عَلَيْهِ بِهِ ؟

قُلْنَا : الفَرْقُ بَيْنَهُمَا : أَنَّ السَّفِيَةَ حُجِرَ عَلَيْهِ لِحِفْظِ مَالِهِ ، فَلَوْ أَحْتَسِبَ عَلَيْهِ بِمَا قَبَضَهُ فِي حَالِ الحَجَرِ . . سَقَطَتْ فَائِدَةُ الحَجَرِ ، وَالمَرْتَدُّ حُجِرَ عَلَيْهِ لِحَقِّ المُسْلِمِينَ فِي مَالِهِ ، فَإِذَا عَادَ إلى الإِسْلَامِ . . سَقَطَ حَقُّهُمْ مِنْ مَالِهِ .

وإنَّ قُلْنَا : إنَّ الكِتَابَةَ فَاسِدَةٌ . . لَمْ يَعتَقِ العَبْدُ بِالأَدَاءِ .

وإنَّ قُلْنَا : إنَّ الكِتَابَةَ مَوْقُوفَةٌ . . فإنَّ الأَدَاءَ لَا يَصَحُّ ، كَمَا إِذَا قُلْنَا : إنَّهَا صَحِيحَةٌ . وَيَسْتَرْجَعُهُ الحَاكِمُ إِنْ كَانَ صَحِيحًا باقِيًا .

فرعٌ : [ارتداد العبد وقت مكاتبته] :

وإن ارتدَّ العبدُ بِمُكَاتَبَةٍ<sup>(١)</sup> سيِّده .. صحَّتْ كتابتُهُ ؛ لأنَّه يصحُّ بيعُهُ له وعتقه ، ثمَّ ينظرُ فيه ، فإنَّ أسلمَ .. كانَ حكمُهُ حكمَ المكاتبِ المسلمِ . وإنَّ لم يُسلمِ .. نظرتْ : فإنَّ أدَّى مالَ الكتابةِ .. عتقَ وطولبَ بالإسلامِ ، فإنَّ لم يُسلمِ .. قُتِلَ ، وكانَ ما بقيَ في يدهَ فيئاً ، كالحُرِّ المرتدِّ .

وإنَّ لم يؤدِّ مالَ الكتابةِ وقُتِلَ<sup>(٢)</sup> أو ماتَ على الرَّدَّةِ .. كانَ ما بيدهَ لسيِّده ؛ لأنَّ بقتله أو بموته أنفسختِ الكتابةُ ، فكانَ ما بيدهَ لسيِّده .

وبالله التوفيقُ

\* \* \*

(١) في نسخة : ( ثم كاتبه ) .

(٢) في نسخة : ( وإن لم يرد مال الكتابة وعتق ) .

## باب ما يملكه المكاتب وما لا يملكه

والمكاتب في البيع والشراء والأخذ بالشفعة وسائر جهات التجارة كالحُرِّ ؛ لأنَّه عقد الكتابة ليحصل له العتق ، ولا يحصل له إلا بالأداء ، ولا يمكنه الأداء إلا بالاكْتسابِ بالبيع والشراء وسائر جهات التجارة .

ويجوز له أن يشتري من سيده ، ويبيع منه ، يأخذ منه بالشفعة ، كما يجوز ذلك من الأجنبي ؛ لأنَّه صار بعقد الكتابة كالخارج من ملكه<sup>(١)</sup> ، وإنما له مال في ذمته ، فهو كرجل له دين عليه .

ويصح إقراره بالبيع والشراء ؛ لأنَّه يصح ذلك منه ، فصَحَّ إقراره به كالحُرِّ .

**مسألة :** [مال المكاتب محجور عليه] :

والمكاتب محجور عليه في ماله فليس له أستهلاكه ولا هبته ولا المحاباة به بغير إذن السيّد ؛ لأنَّ حق السيّد لم ينقطع عنه ؛ لأنَّه قد يعجزُ فيعودُ إليه ؛ لأنَّ القصد بالكتابة تحصيل العتق بالأداء ، فإذا وهب ماله . . أدَّى إلى فوات المقصود .

وإن وهب المكاتب شيئاً من ماله بإذن سيده . . فنصر الشافعي في « الأم » [٣٤ / ٧] و« المختصر » : ( أنه يصح ) .

وقال الربيع : وفيه قول آخر : ( أنه لا يصح ) . وقال في « الجامع » : ( إذا اختلعت المكاتب نفسها بعوض بإذن سيدها . . لم يصح الخلع ) .

والمكاتب في بذل العوض كالواهب ؛ لأنها تبذل العوض فيما لا فائدة لها فيه .

وأختلف أصحابنا في المسألة على طريقين :

فمنهم من قال : في المسألة قولان :

(١) في نسختين : ( يده ) .



أحدهما : لا تصحُّ الهبة والخُلْع . وبه قال أبو حنيفة ؛ لأنَّ المكاتبَ ناقصُ الملك ، والسَّيِّد لا يملك ما بيده ، فلم يصحَّ ذلك بأجماعهما ، كالأخ إذا زوّج أخته الصغيرة بإذنها .

والثاني : تصحُّ ؛ لأنَّ المال لا يخرج من بين المكاتب والسَّيِّد ، فإذا اتَّفقا على هبته . . صحَّ كالراهن والمرتهن في الرهن .

ومنهم من قال : تصحُّ الهبة قولاً واحداً على ما نصَّ عليه في « الأُمِّ » و« المختصر » ، وما ذكره الربيع تخريجاً منه ، وما ذكره في الخلع على ظاهره .

والفرق بينهما : أنَّ المكاتب إذا وهب . . حصل له الثواب عاجلاً في الدنيا أو أجلاً في الآخرة ، وليس كذلك بذل العوض في الخلع ، فإنَّه لا يحصل لها فيه ثواب عاجل ولا أجل ، بل عليها ضرر في سقوط نفقتها .

والطريق الأولُ أصحُّ .

فرعٌ : [ليس للمكاتب أن يكفرَ بالمال] :

قال الشافعي رحمه الله : ( ولا يُكفرُ المكاتبُ في شيءٍ من الكفاراتِ إلا بالصوم ) .

وجملة ذلك : أنَّ المكاتب إذا لزمته كفارةٌ في قتلٍ أو جماعٍ أو ظهارٍ أو يمينٍ . . فلا يجوزُ له أن يُكفرَ بالمال من غيرِ إذنِ سيِّده ؛ لأنَّ ملكه غيرُ تامٍّ .

وإنْ أذنَ له أن يُكفرَ بالمال ، فإنْ أذنَ له أن يُكفرَ بالعتق . . لم يصحَّ ؛ لأنَّه يتضمَّنُ الولاءَ ، ولا يثبتُ له الولاءُ . وإنْ أذنَ له أن يُكفرَ بالإطعام ، فإنْ قلنا : إنَّ العبدَ لا يملكُ المالَ ، لم يصحَّ تكفيرُهُ به ؛ لأنَّه لا يملكُ ذلكَ المالَ ، فلم يصحَّ التكفيرُ به .

وإنْ قلنا : إنَّه يملكُ المالَ . . صحَّ تكفيرُهُ به ؛ لأنَّه قد ملكَ ذلكَ وأذنَ له السيِّدُ بالتكفيرِ به .

فرع : [المكاتب لا يبيع نسيئة] :

قال الشافعي رحمه الله : ( ولا يجوز أن يبيع بدين ) .

وجملة ذلك : أنه ممنوع من البيع بالدين المؤجل ؛ لأن فيه غرراً وهو ممنوع من التغيرير بالمال ، سواءً باع بما يساوي أو بأكثر مما يساوي ؛ لأن الغرر حاصل بالأجل إلا أن يبيعه بأكثر مما يساوي ، فتكون الزيادة على ثمنه مؤجلة ؛ لأنه لا تغيرير في ذلك .

فإن ابتاع المكاتب بثن مؤجل . . صح ؛ لأن الغرر على البائع دون المكاتب ، فإن دفع به رهناً . . لم يصح الرهن ؛ لأن في ذلك تغيريراً بالمال المرهون ؛ لأنه أمانة وقد يتلف في يد المرتهن ، فيكون من ضمان الراهن .

ويجوز أن يستسلف في ذمته إلى أجل ؛ لأن الحظ له في ذلك ؛ لأنه يأخذ الثمن فينتفع به إلى أن يحل عليه المسلم فيه .

ولا يجوز أن يرهن بما في ذمته ؛ لما ذكرناه .

فرع : [المكاتب يأخذ للقراض والقرض ولا عكس] :

قال الشافعي رحمه الله : ( ولا يجوز أن يدفع شيئاً من المال الذي في يده قراضاً ؛ لأن فيه غرراً ؛ لأنه يخرج المال من يده ، فربما يعود إليه وربما لا يعود ، ويجوز أن يأخذ المال قراضاً ؛ لأنه من أنواع الكسب .

وليس له أن يقرض ؛ لأن ذلك تبرع ، وله أن يقترض ؛ لأنه ينتفع بذلك ) .

فرع : [لا تصح هبة المكاتب ولو بزيادة منفعة] :

قال الشافعي رحمه الله : ( ولا يهب بشرط الثواب )

وجملة ذلك : أنه إذا وهب لغيره شيئاً بشرط الثواب ، فإن قلنا : لا يصح ذلك من غيره . . لم يصح من المكاتب .

وإن قلنا : إنه يصح من غير المكاتب ، فإن كان ذلك بغير إذن السيّد . . لم يصح ؛ لأنّ عوّضها متأخّر ، ولأنّ المقصود بالهبة الوصلة والمحبة دون الثواب ، فيصير كالهبة بغير ثواب . فإن كان ذلك بإذن السيّد . . كان على الطريقين في الهبة بغير ثواب .

فرع : [شراء المكاتب من يعتق عليه] :

وليس للمكاتب أن يشتري من يعتق عليه - كوالده أو ولده - بغير إذن سيّده .  
وقال أبو حنيفة وأحمد : ( يجوز له شراؤهما ولا يجوز له بيعهما )  
وقال فيمن عداهما ممن يعتق عليه برّحم : ( يجوز له بيعهم ) .  
دليلنا : أنّه تصرف بما يؤدّي إلى إتلاف ماله ، فلم يصح منه بغير إذن سيّده ، كالهبة .

وإن اشترى ذلك بإذن سيّده ، فإن قلنا : لو وهب لغيره بإذن سيّده ، صحّ قولاً واحداً . . صحّ هاهنا أيضاً قولاً واحداً .

وإن قلنا : في الهبة قولان . . فآختلف أصحابنا في هذا :

فمنهم من قال : فيه قولان كالهبة .

وقال أبو إسحاق : يصحّ قولاً واحداً ؛ لأنّ الهبة لا منفعة للمكاتب فيها ، وهاهنا يحصل له به جمال ، ويحصل كسب العبد له وأرش الجناية عليه له .

فإذا قلنا : يصحّ الشراء . . لم يكن له بيعه ، وكان موقوفاً على كتابته ، وينفق عليه بحكم الملك دون النسب<sup>(١)</sup> .

وإن وصّى له بوالده أو ولده ، فإن كان غير مكتسب . . لم يجز له قبول الوصية فيه بغير إذن سيّده ؛ لأنّه يستضرّ بوجوب نفقته عليه .

وإن كان مكتسباً يمكن الإنفاق عليه من كسبه . . جاز له قبول الوصية ؛ لأنّه يحصل له بذلك جمال ومنفعة من غير ضرر .

(١) في نسخة : ( السبب ) .

فَإِنْ كَانَ كَسْبُهُ وَفَقَ نَفَقَتِهِ . . فلا كلام . وَإِنْ كَانَ كَسْبُهُ أَكْثَرَ مِنْ نَفَقَتِهِ . . كَانَ الْفَضْلُ لِلْمَكَاتِبِ . وَإِنْ كَانَ أَقَلَّ مِنْ نَفَقَتِهِ . . وَجَبَ عَلَى الْمَكَاتِبِ تَمَامُ نَفَقَتِهِ بِحُكْمِ الْمَلِكِ ، وَيَكُونُ عَتَقُهُ مَوْقُوفًا عَلَى أَدَاءِ الْمَكَاتِبِ .

فَإِنْ جَنَى وَالِدُ الْمَكَاتِبِ أَوْ وَلَدِهِ . . لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَفْدِيَهُ مِنْ غَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ ؛ لِأَنَّ فِي ذَلِكَ إِتْلَافًا لِمَالِهِ . فَإِنْ أَذِنَ لَهُ سَيِّدُهُ فِي ذَلِكَ . . فَهُوَ كَالْهَبَةِ .

**فرع :** [المكاتب لا يعتق ولا يكتب] :

ولا يجوز للمكاتب أن يعتق ولا يكتب بغير إذن سيده .

وقال أبو حنيفة : ( يجوز له أن يكتب ولا يعتق ) .

دليلنا : أنه لا يجوز له العتق ، فلا يجوز له الكتابة ، كالعبد المأذون له في التجارة ، فَإِنْ أَذِنَ لَهُ سَيِّدُهُ فِي ذَلِكَ . . فَهُوَ كَالْهَبَةِ .

فَإِنْ قُلْنَا : لا تصح كتابته ولا عتقه . . لَمْ يَعتَقِ الْعَبْدُ بِالْأَدَاءِ .

وَإِنْ قُلْنَا : يصح عتقه وكتابته ، فَأَعتَقَ أَوْ كَاتَبَ عَبْدًا ، فَأَدَّى إِلَيْهِ مَا كَاتَبَهُ عَلَيْهِ قَبْلَ أَنْ يُوَدِّيَ هُوَ كِتَابَتَهُ . . ففِي وِلَاءٍ مَعْتَقِهِ قَوْلَانِ :

أَحَدُهُمَا : ( أَنَّهُ لِلْسَيِّدِ ) وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ؛ لِأَنَّ الْعَتَقَ لَا يَنْفَكُ عَنِ الْوِلَاءِ ، وَالْمَكَاتِبُ لَيْسَ مِنْ أَهْلِ الْوِلَاءِ .

وَالثَّانِي : أَنَّهُ يَكُونُ مَوْقُوفًا عَلَى أَدَاءِ الْمَكَاتِبِ ؛ لِقَوْلِهِ ﷺ : « الْوِلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ » ، وَالسَيِّدُ لَمْ يَعتَقِ .

فَعَلَى هَذَا : إِنْ أَدَّى الْمَكَاتِبُ الْمَالَ . . كَانَ وِلَاءُهُ هَذَا الْمَعْتَقِ لَهُ . وَإِنْ عَجَزَ وَرَقَّ . . كَانَ وِلَاؤُهُ لِسَيِّدِهِ . وَإِنْ مَاتَ هَذَا الْمَعْتَقُ قَبْلَ أَدَاءِ الْمَكَاتِبِ . . ففِي مَالِهِ قَوْلَانِ :

أَحَدُهُمَا : أَنَّهُ يَكُونُ مَوْقُوفًا كَالْوِلَاءِ .

وَالثَّانِي : أَنَّهُ يَكُونُ لِلْسَيِّدِ ؛ لِأَنَّ الْوِلَاءَ يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ لِشَخْصٍ ثُمَّ يَنْتَقِلَ عَنْهُ ، وَالْمِيرَاثُ لَا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ لِشَخْصٍ ثُمَّ يَنْتَقِلَ عَنْهُ .

وَالصَّحِيحُ : أَنَّ الْمِيرَاثَ مَوْقُوفٌ عَلَى هَذَا الْقَوْلِ أَيْضًا .

فرع : [هبة المكاتب أو محاباته لسيده] :

وإن وهب المكاتب لسيده أو حباه . . فهل يصح ؟ فيه طريقان ، كما لو فعل ذلك مع غير السيد بإذن السيد ؛ لأن قبوله لذلك كالإذن له في ذلك .  
فإن قلنا : يصح . . فلا كلام .

وإن قلنا : لا يصح . . فله أن يسترجع ذلك منه قبل أن يعتق .  
فإن لم يسترجع ذلك منه حتى عتق . . فهل يجوز له أسترجاعه ؟ فيه وجهان :  
أحدهما : له أن يسترجعه ؛ لأنه وقع فاسداً ، فلا يملكه السيد إلا بعقد آخر .  
والثاني : ليس له أن يسترجعه ؛ لأنه إنما لم يصح لنقصانه ، وقد زال ذلك .

فرع : [لا يتزوج المكاتب إلا بإذن سيده] :

ولا يجوز للمكاتب أن يتزوج بغير إذن سيده ؛ لقوله ﷺ : « أئماً عبد تزوج بغير إذن سيده . . فهو عاهر »<sup>(١)</sup> . و ( العاهر ) : الزاني .  
والمكاتب هو عبد قبل الأداء ، فإن أذن له سيده في النكاح . . صح قولاً واحداً ؛  
للخير ، ولأن الحاجة تدعو إليه .

ومن أصحابنا من قال : فيه قولان ، كالهبة . والأول أصح .  
ولا يجوز له أن يطأ جاريته بغير إذن سيده ؛ لأنه ربما أحبلها فتلف .  
فإن أذن له سيده في ذلك ، فإن قلنا : إن العبد لا يملك . . لم يجر له وطؤها .  
وإن قلنا : إنه يملك إذا مَلَكَ . . فآختلف أصحابنا فيه :

(١) أخرجه عن جابر من طريقين أبو داود ( ٢٠٧٨ ) ، والترمذي ( ١١١١ ) وحسنه و ( ١١١٢ ) في النكاح . قال الترمذي : هذا حديث حسن صحيح . والعمل على هذا عند أهل العلم من أصحاب النبي ﷺ وغيرهم : أن نكاح العبد بغير إذن سيده لا يجوز ، وهو قول أحمد وإسحاق وغيرهما .



فمنهم مَنْ قَالَ : هُوَ كَالْهَبَةِ ، وفيهِ قولَانِ .  
 ومنهم مَنْ قَالَ : يَصْحُ قولاً واحداً ، كالنكاح .  
 وإنْ أُولدَ منها ولداً . . كَانَ أبناً لَهُ ومملوكاً لَهُ ، ولا يعتقُ عَلَيْهِ ، بَلْ يَكُونُ موقوفاً  
 على عتقه ، ويلزمُهُ أَنْ ينفقَ عَلَيْهِ بحكمِ المِلِكِ لا بحكمِ النَّسَبِ .

فرعٌ : [سفر المكاتب بالمال] :

وإنْ أَرَادَ المَكَاتِبُ أَنْ يَسَافِرَ بِالمَالِ بغيرِ إِذْنِ المولى . . فَقَدْ قَالَ الشافعيُّ في  
 موضعٍ : ( يجوزُ ) ، وَقَالَ في موضعٍ : ( لا يجوزُ ) .  
 فَمِنْ أَصْحَابِنَا مَنْ قَالَ : فِيهِ قولَانِ :  
 أَحدهما : لا يجوزُ ؛ لِأَنَّ في ذَلِكَ تَغْييراً بِالمَالِ .  
 والثاني : يجوزُ ؛ لِأَنَّ فِيهِ تَنْمِيَةَ المَالِ .  
 ومنهم مَنْ قَالَ : إِنْ كَانَ السَّفَرُ طويلاً . . لَمْ يَجْزُ ، وَإِنْ كَانَ قَصيراً . . جَازَ .  
 والأوَّلُ أَصَحُّ .

مسألةٌ : [حرمة وطء المكاتبه] :

إِذَا كَاتَبَ الرَّجُلُ أُمَّةً لَهُ . . حَرَّمَ عَلَيْهِ وَطْؤُهَا ؛ لِأَنَّ مِلْكَهُ عَلَى رَقَبَتِهَا قَدْ ضَعُفَ وَزَالَ  
 مِلْكُهُ عَنْ مَنْفَعَتِهَا . وَلِهَذَا لَوْ وَطَّئَهَا غَيْرُهُ بِشَبْهَةٍ . . وَجَبَ عَلَيْهِ المَهْرُ لَهَا .  
 فَإِنْ خَالَفَ السَّيِّدُ وَوَطَّئَهَا . . فَلَا حَدَّ عَلَيْهِ ، سِوَاءِ عِلْمٍ بِالتَّحْرِيمِ أَوْ لَمْ يَعْلَمْ . وَبِهِ  
 قَالَ جَمَاعَةُ الفُقَهَاءِ إِلَّا الحَسَنَ البَصْرِيَّ ، فَإِنَّهُ قَالَ : يَجِبُ عَلَيْهِ الحَدُّ إِذَا عِلْمَ تَحْرِيمِ  
 وَطْئِهَا<sup>(١)</sup> .

(١) ذكره عن الحسن ابن المنذر في « الإشراف » ( ٣٢٩ / ١ ) ، ود . القلعجي في « فقه الحسن  
 البصري » ( ٤٤٠ / ١ ) .

وروى عن الحسن البصري سعيد بن منصور في « السنن » ( ٢١٥٧ ) : إِذَا وَطِئَ الرَّجُلُ  
 مَكَاتِبَتَهُ . . فَلْيَحْسَبْ لَهَا صِدَاقَ مِثْلِهَا مِنْ مَكَاتِبَتِهَا .

دليلنا : أَنَّ لَهُ فِيهَا مِلْكَاً بِدَلِيلِ قَوْلِهِ ﷺ : « الْمُكَاتَبُ عَبْدٌ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ دِرْهَمٌ » .  
وَمَنْ وَطِئَ مِلْكَهُ . . لَمْ يَحْدَ .

إِذَا ثَبَتَ هَذَا : فَإِنْ كَانَ عَالِمِينَ بِالتَّحْرِيمِ . . عُزِّرَا . وَإِنْ كَانَ جَاهِلِينَ بِالتَّحْرِيمِ . . لَمْ يُعْزَّرَا وَنُهِيَا عَنِ الْعَوْدِ . وَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا عَالِماً وَالْآخَرُ جَاهِلاً . . عُزِّرَ الْعَالِمُ ، وَلَمْ يُعْزَرِ الْجَاهِلُ وَنُهِيَ عَنِ الْعَوْدِ .

وَأَمَّا الْمَهْرُ ، فَنَقَلَ الْمُزْنِيُّ : ( أَنَّهُ إِذَا أَكْرَهَهَا . . وَجِبَ الْمَهْرُ ) .

فَمِنْ أَصْحَابِنَا مَنْ حَمَلَهُ عَلَى ظَاهِرِهِ ، وَقَالَ : إِذَا طَاوَعَتْهُ عَلَى ذَلِكَ . . لَمْ يَجِبْ لَهَا الْمَهْرُ ؛ لِأَنَّهَا بَذَلَتْ نَفْسَهَا بِغَيْرِ عَوَضٍ ، فَهِيَ كَالزَّانِيَةِ .

وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ : يَجِبُ لَهَا الْمَهْرُ ، سَوَاءً طَاوَعَتْهُ أَوْ أَكْرَهَهَا . وَهُوَ الصَّحِيحُ ، وَقَدْ نَصَّ الشَّافِعِيُّ عَلَى هَذَا فِي « الْأُمِّ » [٣٨٨/٧] لِأَنَّ الْحَدَّ يَسْقُطُ عَنْهَا بِشَبْهَةِ الْمَلِكِ ، وَهَذِهِ الشَّبْهَةُ تَوْجِبُ لَهَا الْمَهْرَ ؛ لِأَنَّهَا ثَابِتَةٌ فِي حَقِّهَا .

وَقَالَ مَالِكٌ : ( لَا يَجِبُ لَهَا الْمَهْرُ ؛ لِأَنَّ بُضْعَهَا مِلْكُهُ ، وَلِهَذَا لَا تَتَزَوَّجُ إِلَّا بِإِذْنِهِ ) .

ودليلنا : أَنَّ الْمَكَاتِبَةَ فِي يَدِ نَفْسِهَا وَمَنَافِعَهَا لَهَا ، وَلِهَذَا لَوْ وَطَّئَهَا أَجْنَبِيٌّ بِشَبْهَةٍ . . وَجِبَ لَهَا عَلَيْهِ الْمَهْرُ .

إِذَا ثَبَتَ هَذَا : فَإِنَّهُ لَا يَجِبُ لَهَا إِلَّا مَهْرٌ وَاحِدٌ ، سَوَاءً وَطَّئَهَا مَرَّةً وَاحِدَةً أَوْ وَطَّئَهَا مَرَاراً ، كَمَا قُلْنَا فِي النِّكَاحِ الْفَاسِدِ ، إِلَّا أَنْ يَطَّأَهَا وَيُدْفَعَ إِلَيْهَا الْمَهْرُ ، ثُمَّ يَطَّأَهَا ، فَيُلْزِمُهُ الْمَهْرُ ثَانِياً ؛ لِأَنَّ الْوِطْءَ الْأَوَّلَ قَدْ أَسْتَقَرَّ حُكْمُهُ .

وَيَجِبُ لَهَا الْمَهْرُ مِنْ غَالِبِ نَقْدِ الْبَلَدِ ، فَإِنْ لَمْ يَحُلَّ عَلَيْهَا نَجْمٌ . . كَانَ لَهَا الْمَطَالِبَةُ بِمَا وَجِبَ لَهَا عَلَيْهِ مِنَ الْمَهْرِ .

وَإِنْ حُلَّ عَلَيْهَا نَجْمٌ ، فَإِنْ كَانَ مَالُ الْكِتَابَةِ مِنْ غَيْرِ جَنْسِ نَقْدِ الْبَلَدِ . . كَانَ لَهَا الْمَطَالِبَةُ بِالْمَهْرِ . وَإِنْ كَانَ مِنْ نَقْدِ الْبَلَدِ . . فَهَلْ يَتَقَاَصَّانِ فِيمَا أَسْتَوِيَا فِيهِ ؟ فِيهِ أَرْبَعَةُ أَقْوَالٍ يَأْتِي ذِكْرُهَا .

وإن أذهب بكَارَتِهَا . . لَزِمَهُ أَرشُهَا ، كما لو قطعَ عضواً منها .  
وإن أَحْبَلَهَا . . صَارَتْ مَكَاتِبَةً لَهُ وَأُمٌّ وَلَدٍ ، وقد مضى بيانُها .

فرعٌ : [كاتب أمة وشرط وطأها] :

وإن كاتبَ أمةٍ وشرطَ في عقدِ الكتابةِ أَنْ يَطْأَهَا . . كَانَ الشرطُ والعقدُ فاسدين .  
وقال مالكٌ : ( يصحُّ العقدُ ، ويبطلُ الشرطُ ) .

وقال أحمدٌ : ( يصحُّ العقدُ والشرطُ ) .

دليلُنَا : أَنَّهُ لَا يَمْلِكُ وَطْأَهَا مَعَ إِطْلَاقِ الْعَقْدِ ، فَلَا يَمْلِكُهَا بِالْشَرَطِ ، كما لو زَوَّجَهَا  
وَأَشْرَطَ لِنَفْسِهِ الْوِطْءَ .

مسألةٌ : [لا يطا الشريكان مكاتبتهما] :

وَإِذَا كَانَتْ أُمَّةٌ بَيْنَ رَجُلَيْنِ نَصَفَيْنِ فكَاتِبَاهَا . . لَمْ يَحِلَّ لِوَاحِدٍ مِنْهُمَا وَطْؤُهَا ؛ لِأَنَّهُ  
لَا يَحِلُّ لِوَاحِدٍ مِنْهُمَا وَطْؤُهَا قَبْلَ الْكِتَابَةِ ، فَلِأَنَّ لَا يَحِلُّ بَعْدَ الْكِتَابَةِ - وَقَدْ ضَعُفَ مِلْكُهُمَا  
- أَوَّلَى .

فَإِنْ خَالَفَ أَحَدُهُمَا وَوَطِئَهَا . . فَلَا حُدَّ عَلَيْهِ لِشَبْهَةِ الْمَلِكِ .

فَإِنْ كَانَا عَالَمَيْنِ بِالتَّحْرِيمِ . . عُزِّرَا ، وَإِنْ كَانَا جَاهِلَيْنِ . . لَمْ يُعْزَّرَا ، وَإِنْ كَانَ  
أَحَدُهُمَا جَاهِلًا وَالْآخَرُ عَالِمًا . . عُزِّرَ الْعَالِمُ دُونَ الْجَاهِلِ .

وَيَلْزِمُ الْوَاطِئَ جَمِيعُ مَهْرِهَا لِلْمَكَاتِبَةِ ؛ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ كَسْبِهَا ، فَإِنْ لَمْ يَحِلَّ عَلَيْهَا نَجْمٌ  
مِنَ الْكِتَابَةِ . . أَخَذَتْ مِنْهُ الْمَهْرَ وَتَصَرَّفَتْ فِيهِ . وَإِنْ كَانَ قَدْ حُلَّ عَلَيْهَا نَجْمٌ وَكَانَ مَالُ  
الْكِتَابَةِ مِنْ نَقْدِ الْبَلَدِ ، فَإِنْ كَانَ فِي يَدِهَا مَا تَدْفَعُ إِلَى سَيِّدِهَا الَّذِي لَمْ يَطْأَهَا بِقَدْرِ  
مَهْرِهَا . . دَفَعَتْ إِلَيْهِ مِمَّا فِي يَدِهَا ، وَأَحْتَسِبَ عَلَى الْوَاطِئِ بِالْمَهْرِ الَّذِي عَلَيْهِ مِنَ النَّجْمِ  
الَّذِي حُلَّ لَهُ عَلَيْهَا . وَإِنْ لَمْ يَكُنْ بِيَدِهَا مَا تَدْفَعُهُ إِلَى الَّذِي لَمْ يَطْأَهَا . . أَخَذَتْ مِنَ  
الْوَاطِئِ نِصْفَ مَهْرِهَا ، وَسَلَّمَتْهُ إِلَى الَّذِي لَمْ يَطْأَهَا ، وَأَحْتَسِبَ عَلَى الْوَاطِئِ بِنِصْفِهِ مِنَ  
النَّجْمِ الَّذِي حُلَّ لَهُ .

فَإِذَا أَدَّتْ مَا بَقِيَ مِنْ مَالِ الْكِتَابَةِ . . عَتَقَتْ ، وَإِنْ عَجَزَتْ . . عَادَتْ رَقِيقَةً لَهُمَا .  
فَإِنْ كَانَتْ قَدْ قَبِضَتْ مِنَ الْوَاطِئِ مَهْرَهَا . . فَقَدْ بَرَّتْ ذِمَّتَهُ مِنْهُ ؛ لِأَنَّهَا قَبِضَتْهُ فِي  
وَقْتٍ تَسْتَحِقُّ قَبْضَهُ .

فَإِذَا كَانَ بَاقِيًا فِي يَدِهَا . . أَخَذَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نَصْفَهُ ، وَإِنْ كَانَ تَالِفًا . . سَقَطَ حُكْمُهُ  
فِيهِ ؛ لِأَنَّهَا تَصَرَّفَتْ فِي مِلْكِهَا فِي حَالِ نَفُوذِ تَصَرُّفِهَا .

وَإِنْ لَمْ تَكُنْ قَبِضَتْ الْمَهْرَ ، فَإِنْ كَانَ فِي يَدِهَا شَيْءٌ مِنْ كَسْبِهَا بِقَدْرِ مَهْرِهَا . . دَفَعَتْهُ  
إِلَى الَّذِي لَمْ يَطَّأَهَا ، وَأَحْتَسِبَ عَلَى الْوَاطِئِ بِمَهْرِهَا عَلَيْهِ مِنْ كَسْبِهَا .

وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِي يَدِهَا شَيْءٌ . . رَجَعَ سَيِّدُهَا الَّذِي لَمْ يَطَّأَهَا عَلَى الْوَاطِئِ بِنَصْفِ  
مَهْرِهَا ، وَبَرَّتْ ذِمَّتُهُ مِنْ نَصْفِهِ .

وَإِنْ أَحْبَلَهَا الْوَاطِئُ . . فَالْحُكْمُ فِي الْحَدِّ وَالتَّعْزِيرِ وَالْمَهْرِ عَلَى مَا مَضَى .  
وَأَمَّا الْوَلَدُ ، فَإِنْ أَدَّعَى الْوَاطِئُ أَنَّهُ أَسْتَبْرَأَهَا وَحَلَفَ عَلَى أَنَّهُ أَسْتَبْرَأَهَا ، وَأَتَتْ بَوْلِدَ  
بَعْدَ الْإِسْتِبْرَاءِ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ . . لَمْ يَلْحَقْهُ وَلَدُهَا ، وَكَانَ كَوَلَدِهَا مِنْ زَوْجٍ أَوْ زَنًا عَلَى مَا يَأْتِي  
بَيَانُهُ .

وَإِنْ لَمْ يَدَّعِ الْوَاطِئُ أَنَّهُ أَسْتَبْرَأَهَا . . صَارَ نَصِيبُهُ مِنَ الْجَارِيَةِ أُمَّ وَلَدٍ لَهُ وَمَكَاتِبًا لَهُ .  
فَإِنْ كَانَ مَعْسِرًا . . لَمْ يَسِرِ الْإِحْبَالُ إِلَى نَصِيبِ شَرِيكِهِ مِنَ الْجَارِيَةِ ، كَمَا لَوْ أَعْتَقَ شَرِكًا لَهُ  
مِنْ عَبْدٍ وَهُوَ مَعْسِرٌ ، وَفِي الْوَلَدِ وَجْهَانِ :

[أَحَدُهُمَا] : قَالَ أَبُو عَلِيٍّ بْنُ أَبِي هُرَيْرَةَ : يَنْعَقِدُ جَمِيعُهُ حَرًّا ، وَيُثَبَّتُ فِي ذِمَّةِ  
الْوَاطِئِ نَصْفُ قِيمَتِهِ لَشَرِيكِهِ ؛ لِأَنَّهُ يَسْتَحِيلُ أَنْ يَنْعَقَدَ نَصْفُهُ حَرًّا وَنَصْفُهُ مَمْلُوكًا .

[الثَّانِي] : قَالَ أَبُو إِسْحَاقَ : يَكُونُ نَصْفُهُ حَرًّا وَنَصْفُهُ مَمْلُوكًا ، كَوَلَدِهَا الَّذِي تَأْتِي  
بِهِ مِنْ زَوْجٍ أَوْ زَنًا عَلَى مَا يَأْتِي بَيَانُهُ ، وَهُوَ الْأَصَحُّ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا لَمْ يَسِرِ الْإِسْتِيلَادُ  
لِإِعْسَارِهِ ، فَكَذَلِكَ حُرِّيَّةُ الْوَلَدِ لَا تَسْرِي لِإِعْسَارِهِ . وَقَوْلُ الْأَوَّلِ يَبْطُلُ بِالْمَرَأَةِ إِذَا كَانَ  
نَصْفُهَا حَرًّا وَنَصْفُهَا مَمْلُوكًا فَأَتَتْ بَوْلِدَ مِنْ زَوْجٍ أَوْ زَنًا ، فَإِنَّ نَصْفَهُ حُرٌّ وَنَصْفَهُ مَمْلُوكٌ .

وَإِنْ كَانَ الْوَاطِئُ مُوسِرًا . . قَوِّمَ عَلَيْهِ نَصِيبُ شَرِيكِهِ مِنَ الْجَارِيَةِ ، فَيَصِيرُ جَمِيعُهَا أُمَّ  
وَلَدٍ لَهُ وَنَصْفُهَا مَكَاتِبًا لَهُ ؛ لِأَنَّ الْإِحْبَالَ كَالْعَتَقِ .

ولو أعتق نصيبه منها وهو موسرٌ . . قوّم عليه نصيبُ شريكه من الجارية ، فكذلك إذا أحبلها ، فإذا قوّمَتْ عليه . . أنفست الكتابة في نصيب الشريك وبقي نصفها مكاتباً للواطىء ، فإن أدّت إليه نصف مال الكتابة . . عتق نصفها بالكتابة ويسري العتق إلى باقيها . وإن مات الواطىء قبل الأداء . . عتق جميعها عليه بالاستيلاد . ومتى تقوّم عليه ؟ فيه طريقان :

[الأوّل] : قال أبو إسحاق : فيها قولان ، كما لو أعتقه :

أحدهما : تقوّم في الحال ولا يُنتظر العجز ، كما لو أحبل جاريةً بينه وبين شريكه وهي غير مكاتبه ، أو أعتقها .

والثاني : لا تقوّم عليه إلا بعد العجز ؛ لأنه قد ثبت لشريكه فيها حق الولاء بعقد الكتابة ، فلا يجوز إبطال ذلك عليه بالتقويم .

[الطريق الثاني] : قال أبو عليّ بن أبي هريرة : لا تقوّم إلا بعد عجزها قولاً واحداً ، وإنما القولان إذا أعتقها ؛ لأنّ الحظّ يحصل لها بالتقويم بالعتق ؛ لأنّ عتقها يتنجّز ، والحدّ لها هاهنا في أن لا تقوّم ؛ لأنها ربّما أدّت مال الكتابة ، فتعجّل عتقها بالكتابة .

والصحيح هو الأوّل ؛ لأنّ الإحبال أقوى من العتق ، بدليل أنّه يصحّ من المجنون والسفيه ، والعتق لا يصحّ منهما ، ولأنّ الحدّ لها بالتقويم بالإحبال أكثر من انتظار عجزها ؛ لأنها إذا قوّمَتْ على الواطىء . . بقي نصفها مكاتباً للواطىء ، فإذا أدّت إليه نصف مال الكتابة . . عتق جميعها ، وذلك أخفّ من أن يبقى جميعها مكاتباً فلا تعتق إلاّ بأداء جميع مال الكتابة .

وإذا قوّمَتْ على الواطىء . . سرى الإحبال إلى باقيها . ومتى وقعت السراية ؟ فيه ثلاثة أقوال ، كالعتق :

أحدها : في الحال .

والثاني : بدفع القيمة .



والثالث : أنه موقوف ، فإن أدَّى القيمة . . بأن أن السراية وقعت بالإيجاب . وإن لم يدفع القيمة . . تبين أن السراية لم تقع .

وأما قيمة نصف الولد ، فإن قلنا : إنها تقوم في الحال ، وقلنا : إن الإيجاب يسري إلى نصيب الشريك في الحال . . لم يلزمه قيمة نصف الولد ؛ لأنها توضع في ملكه .

وإن قلنا : إنها لا تقوم إلا بعد العجز ، وقلنا : إن الإيجاب لا يسري إلا بعد دفع القيمة ، فوضعت الولد قبل العجز أو قبل دفع القيمة . . لزمه نصف قيمة الولد لشريكه ؛ لأنه كان من سبيله أن يكون نصفه مملوكاً لشريكه ، وقد أتلّف رقه عليه .

فرع : [كاتباً جارية ثم جامعاًها] :

وإن كاتباً جاريةً بينهما نصفين ، ثم وطئها كل واحد منهما . . فالكلام في التحريم والحدّ والتعزير على ما مضى ، ويجب على كل واحد منهما مهرٌ مثلها .

فإن لم يحلّ عليها نجم . . كان لها مطالبة كل واحد منهما بالمهر الذي وجب عليه لتصرف فيه . وإن كان قد حلّ عليها نجم ، وكان مال الكتابة من جنس المهر . . فهل يسقط عن كل واحد منهما قدر ما وجب له عليها ممّا عليه لها من المهر ؟ على الأقوال في المقاصة .

وإن فضل لها فضلٌ عليهما أو على أحدهما من المهر . . طالبت به ، وإن عجزت نفسها . . رقت لهما .

فإن كانت قد قبضت المهرين . . فقد برئت ذمتها ، ويقتسمان ما كان في يدها . وإن كانت لم تقبض المهرين . . برئت ذمة كل واحد منهما من نصف المهر الذي وجب عليه ؛ لأن نصفها عاد رقيقاً له فيسقط عنه ما يقابل ملكه منها ، ويبقى عليه نصف المهر لأجل حق شريكه .

فإن كان المهران متساويين . . فهل يسقط ذلك عنهما ؟ على الأقوال في المقاصة .

وإن كان أحد المهرين أكثر من الآخر : قال الشافعي رحمه الله : ( بأن يطأها أحدهما وهي بكر ، ويطأها الآخر وهي ثيب ، أو يطأها أحدهما وهي صحيحة ،

ويطأها الآخر وهي مريضة أو معيبة . . تقاضا فيما أستويا فيه ، ومن بقي له فضل طالب شريكه به ، وإن أفضاها أحدهما . . وجب عليه للآخر نصف قيمتها مع المهر . وكذلك إن أفترضها أحدهما . . لزمه لشريكه نصف أرش الافتضاض مع المهر .

فإن ادعى كل واحد منهما على صاحبه أنه أفضاها أو أفترضها . . حلف كل واحد منهما لشريكه ، وسقط حكم الإفضاء والافتضاض .

وإن حلف أحدهما ونكل الآخر ، فحلف عليه شريكه . . لزم الناكل نصف قيمتها للإفضاء ، ونصف الأرش للافتضاض .

فإن أتت بولد . . نظرت :

فإن ادعى أنهما أستبراها وحلفا وأتت بولد لستة أشهر بعد الاستبراء . . أنتفى الولد عنهما ، وكان كالولد الذي تأتي به من زوج أو زناً .

وإن لم يدعى الاستبراء . . فلا يخلو من أربعة أحوال : إما أن لا يمكن أن يكون من واحد منهما ، أو يمكن أن يكون من الواطيء الأول ولا يمكن أن يكون من الثاني ، أو يمكن أن يكون من الثاني ولا يمكن أن يكون من الأول ، أو يمكن أن يكون من كل واحد منهما .

فإن لم يمكن أن يكون من كل واحد منهما ، مثل : أن تأتي به لأكثر من أربع سنين من وطء كل واحد منهما ، أو لدون ستة أشهر من وطء كل واحد منهما . . أنتفى عنهما ، فكان كولدها الذي تأتي به من زوج أو زناً .

وإن أمكن أن يكون من الأول دون الثاني ، بأن تأتي به لدون أربع سنين من وطء الأول ، أو لستة أشهر فما زاد من وطئه ، ولدون ستة أشهر من وطء الثاني . . لحق الولد بالأول . فإن كان معسراً . . صار نصيبه من الجارية أم ولد له ومكاتباً له ، ولا يسري الإحبال إلى نصيب شريكه من الجارية . وفي الولد وجهان :

[أحدهما] : على قول أبي علي بن أبي هريرة : ينعقد جميعه حرّاً ، ويثبت في ذمته نصف قيمته لشريكه .

و[الثاني] : على قول أبي إسحاق : يكون نصفه حرّاً ونصفه الآخر كولدها من زوج

أو زناً ، وتستحق الجارية على كل واحد منهما جميع مهرها .

وإن كان المُحِبُّ موسراً . . صار نصيبه من الجارية أم ولد له ومكاتباً له ، ويقوم عليه نصيب شريكه فيها . وهل يقوم عليه في الحال أو بعد العجز ؟ على الطريقين في المسألة قبلها .

وهل يلزمه نصف قيمة الولد ؟

إن قلنا : يقوم في الحال ويسري الإحبال قبل دفع القيمة . . لم يلزمه نصف قيمة الولد ؛ لأنها تضعه في ملكه .

وإن قلنا : لا يقوم إلا بعد العجز ، أو قلنا : لا يسري الإحبال إلا بعد دفع القيمة ، فإن وضعت بعد<sup>(١)</sup> العجز والتقويم ودفع القيمة . . لم يلزمه نصف قيمته ؛ لأنها وضعت في ملكه . وإن وضعت قبل ذلك . . لزمه نصف قيمته .

ويجب على الواطيء المُحِبُّ<sup>(٢)</sup> جميع مهرها ؛ لأنه وطئها وجميعها مكاتب ، فيكون للجارية نصف المهر لأجل النصف الذي بقي على الكتابة ، ونصف المهر لسيدها<sup>(٣)</sup> الذي لم يُحِبُّ ؛ لأن نصيبه قد أنفست الكتابة فيه إمّا بالتقويم أو بالعجز ، وكان ما يخص نصيبه من كسبها له .

وأما ما يجب على الثاني من المهر ، فإن قلنا : إن الإحبال يسري في الحال فقد وطئها الثاني ولا ملك له فيها . . فيلزمه جميع المهر ، ويكون للأول نصفه لأجل النصف الذي قوم عليه ، وصارت أم ولد له . وأما النصف الثاني من المهر ، فإن كانت قد عجزت نفسها عن كتابة نصيب الذي استولدها . . كان له أيضاً .

وإن كانت لم تعجز نفسها . . كان للجارية ؛ لأنه كسب لنصفها الذي بقي على الكتابة .

(١) في نسخة : ( قبل ) .

(٢) في ( م ) : ( الأول ) .

(٣) جاء في حاشية نسخة : ( أي ينتقل منها إلى سيدها عند التقويم والعجز ) .

وإن قلنا : إن الإحبال لا يسري إلا بدفع القيمة ، فإن وطئها قبل دفع القيمة . . سقط عن الثاني نصف مهرها لأجل نصفها الذي له ؛ لأنه عاد رقيقاً له بالتقويم<sup>(١)</sup> ، وهل يجب عليه نصف مهرها لأجل نصفها الذي هو<sup>(٢)</sup> للمُحِبِل ؟

فإن كانت قد عجزت نفسها عن الكتابة . . استحق المُحِبِل نصف مهرها على الثاني . وإن لم تعجز نفسها<sup>(٣)</sup> . . كان ذلك النصف للجارية ؛ لأن نصفها باقٍ على الكتابة .

وإن وطئها الثاني بعد أن أخذ نصف قيمتها . . وجب عليه كمال مهرها ، فيكون للمُحِبِل نصفه لأجل النصف الذي قوّم عليه . وأمّا النصف الثاني من المهر ، فإن كانت قد عجزت نفسها عن أداء كتابة نصفها الباقي . . كان للمُحِبِل أيضاً . وإن لم تعجز نفسها . . كان لها .

وإن أمكن أن يكون الولد من الثاني دون الأول ، بأن تأتي به لأكثر من أربع سنين من وطء الأول ، ولدون أربع سنين ولستة أشهر فما زاد من وطء الثاني . . لحق الولد بالثاني ، وأنتفى عن الأول ، فصار نصيب الثاني من الجارية أم ولد له ومكاتباً له . وإن كان معسراً . . لم يسر الإحبال إلى نصيب الأول منهما .

وأمّا الولد : فعلى قول أبي علي : ينعقد جميعه حرّاً ، ويثبت في ذمة الثاني نصف قيمته للأول .

وعلى قول أبي إسحاق : يكون نصفه حرّاً ونصفه ليس بحرّاً ، بل يكون كولدها الذي تأتي به من زوج أو زناً ، ويلزم كل واحد منهما جميع المهر لها فتقبضه منهما إن لم يحلّ عليها نجم ، وإن حلّ عليها نجم . . كان كما لو لم تلد .

وإن كان الثاني موسراً . . صار نصيبه من الجارية أم ولد له ومكاتباً له ، ويسري الإحبال إلى نصيب شريكه منها ، ويقوّم عليه . ومتى يقوّم ؟ على الطريقين .

(١) في هامش نسخة : ( وانفسخت الكتابة ، ومتى انفسخت الكتابة رجع الكسب إلى السيد ) .

(٢) في نسخة : ( له ) .

(٣) في نسخة : ( نصفها ) .



والكلام في قيمة الولد كما ذكرناه في التي قبلها .

ويلزم الثاني جميع مهرها : نصفه للمكاتبه لأجل نصفها الذي بقي على الكتابة ، ونصفه للواطىء الأول الذي لم يُحبّلها لأجل نصفها الذي أنفست فيه الكتابة بالتقويم .

وأما الأول : فإنه يسقط عنه نصف مهرها لأجل نصفها الذي أنفست فيه الكتابة ، وعاد رقيقاً له بالتقويم<sup>(١)</sup> ، ويجب عليه نصف المهر لأجل نصفها الذي للمُحبّل . فإن كانت قد عجزت نفسها عن أداء كتابة نصفها الذي للثاني . . كان ذلك النصف من المهر للثاني . وإن لم تعجز نفسها . . كان ذلك للمكاتبه .

وإن أمكن أن يكون الولد من كل واحد منهما ، بأن تأتي به لأكثر من ستة أشهر ولدون أربع سنين من وطء كل واحد منهما . . عرض الولد على القافة ، فإن ألحقته بالأول . . لحق به وأنتفى عن الثاني ، وكان الحكم كما لو أمكن أن يكون من الأول دون الثاني على ما مضى . وإن ألحقته بالثاني . . كان الحكم فيه كما لو أمكن أن يكون من الثاني دون الأول على ما مضى . وإن ألحقته القافة بهما ، أو نفتته عنهما ، أو أشكل عليها أمرهما ، أو لم توجد قافة . . يترك الولد حتى يبلغ وينتسب إلى أحدهما ، وينفقان عليه ، فإذا بلغ ، وانتسب إلى أحدهما . . لحق به ، وكان الحكم فيه كما لو لحقه بالإمكان ، ويلزمه أن يغرم للآخر ما أنفقه على ولده ؛ لأنه بان أنه ولده .

فرع : [كاتب أمة ثم وطئها ، وأتت بولدين] :

وإن كانت أمة بينهما نصفين فكاتبها ، ثم وطئها كل واحد منهما ، وأتت من كل واحد منهما بولد أعترف به وأعترف بالسابق منهما ، وأظهرت العجز ، وفسخ السيدان الكتابة . . فلا يخلو حالهما : إمّا أن يكونا موسرين ، أو يكون الأول موسراً والثاني معسراً ، أو يكون الأول معسراً والثاني موسراً ، أو يكونا معسرين .

(١) في نسخة : ( لأنها في هذه الصورة سرت بالإحبال إلى نصيب الأول ، فانتقلت إلى حال أقوى من الكتابة ) .



فَإِنْ كَانَ مُوسِرِينَ . . فَإِنَّ الْأَوَّلَ يَجِبُ عَلَيْهِ نَصْفُ الْمَهْرِ لَشْرِيكِهِ ؛ لِأَنَّهَا بَأَنْفَسَاخِ  
الْكِتَابَةِ عَادَتْ بِمَعْنَاهَا قَبْلَ الْكِتَابَةِ ، فَوَجِبَ عَلَيْهِ نَصْفُ الْمَهْرِ لِأَجْلِ نَصْفِ شْرِيكِهِ ،  
وَيَسْقُطُ عَنْهُ نَصْفُ الْمَهْرِ لِأَجْلِ نَصْفِهِ الَّذِي عَادَ رَقِيقًا لَهُ ، وَيَكُونُ الْوَلَدُ حَرًّا ، وَنَصِيبُهُ  
مَنْ الْجَارِيَةِ أُمٌّ وَلَدٌ لَهُ وَمَكَاتِبًا لَهُ ، وَيَسْرِي الْإِحْبَالَ إِلَى نَصِيبِ شْرِيكِهِ ، وَمَتَى يَسْرِي  
الْإِحْبَالَ ؟ عَلَى الْأَقْوَالِ الثَّلَاثَةِ فِي وَقْتِ سَرَايَةِ الْعَتَقِ .

وَأَمَّا قِيَمَةُ نَصْفِ الْوَلَدِ : فَمَبْنِيٌّ عَلَى الْقَوْلَيْنِ فِي وَقْتِ السَّرَايَةِ ، فَإِنْ قُلْنَا : إِنَّ السَّرَايَةَ  
تَقَعُ فِي الْحَالِ . . لَمْ يَجِبْ عَلَيْهِ قِيَمَةُ نَصْفِ الْوَلَدِ ؛ لِأَنَّهَا تَضَعُهُ فِي مِلْكِهِ . وَإِنْ قُلْنَا :  
لَا تَقَعُ السَّرَايَةُ إِلَّا بَعْدَ دَفْعِ الْقِيَمَةِ ، فَإِنْ وَلَدَتْ قَبْلَ دَفْعِ الْقِيَمَةِ . . فَإِنَّهُ يَلْزَمُهُ نَصْفُ قِيَمَةِ  
الْوَلَدِ لَشْرِيكِهِ . وَإِنْ دَفَعَ الْقِيَمَةَ ، ثُمَّ وَلَدَتْ . . لَمْ يَلْزَمُهُ نَصْفُ قِيَمَةِ الْوَلَدِ .

وَأَمَّا مَا يَجِبُ عَلَى الثَّانِي : فَإِنْ قُلْنَا : إِنَّ السَّرَايَةَ تَقَعُ فِي الْحَالِ ، فَقَدْ وَطَّئَهَا الثَّانِي  
وَأَحْبَلَهَا بَعْدَ أَنْ صَارَتْ أُمٌّ وَلَدٌ لِلأَوَّلِ . . فَيَلْزَمُ الثَّانِي لِلأَوَّلِ جَمِيعُ مَهْرِهَا ، وَيَكُونُ وَلَدُهُ  
حَرًّا لِلشُّبْهَةِ ، وَيَلْزَمُهُ جَمِيعُ قِيَمَتِهِ لِلأَوَّلِ .

وَإِنْ قُلْنَا : لَا تَقَعُ السَّرَايَةُ إِلَّا بَعْدَ دَفْعِ الْقِيَمَةِ ، وَكَانَ وَطْؤُهُ قَبْلَ دَفْعِ الْقِيَمَةِ . . وَجِبَ  
عَلَى الثَّانِي نَصْفُ مَهْرِهَا لِلأَوَّلِ لِأَجْلِ نَصْفِهِ مِنْهَا ، وَيَسْقُطُ عَنْهُ نَصْفُ مَهْرِهَا لِأَجْلِ نَصْفِهِ  
الَّذِي أُنْفَسَخَتْ الْكِتَابَةُ فِيهِ لَهُ ، وَيَصِيرُ الْوَلَدُ حَرًّا لِلشُّبْهَةِ ، وَيَلْزَمُهُ لِلأَوَّلِ نَصْفُ قِيَمَتِهِ ،  
وَيَسْقُطُ عَنْهُ النِّصْفُ ، وَلَا تَصِيرُ الْجَارِيَةُ أُمٌّ وَلَدٌ لِلثَّانِي ؛ لِأَنَّهُ قَدْ أُسْتَحَقَّ تَقْوِيمُهَا عَلَى  
الأَوَّلِ بِحَكْمِ الْاِسْتِيلَادِ وَلَا يَنْفَعُ اِسْتِيلَادُ الثَّانِي فِيهَا ، فَيَتَقَاَصَّانِ فِيمَا أُسْتَوِيَ فِيهِ ، وَيَرْجِعُ  
مَنْ لَهُ فَضْلُ شَيْءٍ عَلَى صَاحِبِهِ بِمَا بَقِيَ لَهُ ، وَالْحَكْمُ فِي الْحَدِّ وَالتَّعْزِيرِ عَلَى مَا مَضَى .

وَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ مُوسِرًا وَالثَّانِي مُعْسِرًا . . فَالْحَكْمُ فِي الْأَوَّلِ عَلَى مَا مَضَى .

وَأَمَّا الثَّانِي : فَإِنْ قُلْنَا : إِنَّ إِحْبَالَ الْأَوَّلِ يَسْرِي فِي الْحَالِ فَقَدْ وَطَّئَهَا الثَّانِي وَأَحْبَلَهَا  
بَعْدَ أَنْ صَارَتْ أُمٌّ وَلَدٌ لِلأَوَّلِ . . فَيَجِبُ عَلَيْهِ لِلأَوَّلِ جَمِيعُ مَهْرِهَا . قَالَ أَبُو إِسْحَاقَ :  
وَيَكُونُ الْوَلَدُ مَمْلُوكًا لِلأَوَّلِ .

وَقَالَ ابْنُ أَبِي هُرَيْرَةَ : يَكُونُ حَرًّا وَتَثْبُتُ قِيَمَتُهُ فِي ذِمَّةِ الثَّانِي .

وَإِنْ قُلْنَا : إِنَّ إِحْبَالَ الْأَوَّلِ لَا يَسْرِي إِلَّا بَعْدَ دَفْعِ الْقِيَمَةِ فَوَطَّئَهَا الثَّانِي قَبْلَ دَفْعِ

القيمة . . لزِمَ الثانيَ للأوّلِ نصفُ المهرِ ويسقطُ عنه النصفُ .

وعلى قولِ أبي إسحاقَ : يكونُ نصفُ ولدِ الثاني حراً ونصفُهُ مملوكاً للأوّلِ .

وعلى قولِ أبي عليٍّ : يكونُ جميعُهُ حراً ويكونُ في ذمّةِ الثاني نصفُ قيمتهِ للأوّلِ ، ولا يصيرُ نصيبُ الثاني منَ الجاريةِ أمّ ولدٍ له ؛ لأنّه قد أُستحقَّ تقويمُهُ على الأوّلِ .

وإنْ كانَ الأوّلُ معسراً والثاني موسراً . . فإنَّ نصيبَ الأوّلِ منَ الجاريةِ صارَ أمّ ولدٍ له ، ولا يسري إلى نصيبِ الثاني منَ الجاريةِ . وفي ولدِ الأوّلِ وجهانِ :

[أحدهما] : قالَ أبو إسحاقَ : يكونُ نصفُهُ حراً ونصفُهُ مملوكاً للثاني .

و[الثاني] : قالَ أبو عليٍّ بنُ أبي هريرةَ : يكونُ جميعُهُ حراً ، ويثبتُ في ذمّتهِ نصفُ قيمتهِ للثاني ، ويجبُ على الأوّلِ نصفُ المهرِ في ذمّتهِ للثاني .

وأما الثاني : فيجبُ عليه للأوّلِ نصفُ مهرِها ، ويسقطُ عنه النصفُ ، ويصيرُ نصيبُهُ منَ الجاريةِ أمّ ولدٍ له ، ولا يسري إلى نصيبِ الأوّلِ منَ الجاريةِ ؛ لأنّه قد صارَ أمّ ولدٍ للأوّلِ .

وأما ولدُ الثاني : فيكونُ حراً وجهاً واحداً ، ويلزمُهُ نصفُ قيمتهِ للأوّلِ .

وإنْ كانا معسرينِ . . فعلى كلّ واحدٍ منهما لصاحبهِ نصفُ المهرِ ، ويصيرُ نصيبُ كلّ واحدٍ منهما منَ الجاريةِ أمّ ولدٍ له ، ولا يسري إلى نصيبِ شريكه .

وأما الولدانِ : فعلى قولِ أبي إسحاقَ : يكونُ نصفُ ولدٍ كلّ واحدٍ منهما حراً ، ونصفُهُ مملوكاً لصاحبهِ .

وعلى قولِ أبي عليٍّ : يكونانِ حرّينِ ، ويثبتُ في ذمّةِ كلّ واحدٍ منهما نصفُ قيمةِ ولدهِ لصاحبهِ .

وإنْ اختلفا في السابقِ منهما ، وكلُّ واحدٍ منهما يقولُ : أنا الأوّلُ . . فلا يخلو : إمّا أنْ يكونا موسرينِ ، أو معسرينِ ، أو أحدهما موسراً والآخرُ معسراً .

فإنْ كانا موسرينِ . . فكلُّ واحدٍ منهما يُقرُّ لصاحبهِ بنصفِ قيمةِ الجاريةِ ؛ لأنّه يقولُ : أنا أحبلتها أولاً ، ويسري الإحبالُ إلى نصيبك ، ويقرُّ له بنصفِ المهرِ ؛ لأنّه

يُقرُّ أَنَّهُ وَطَىءَ جَارِيَةً مُشْتَرَكَةً بَيْنَهُ وَبَيْنَ غَيْرِهِ ، وَيُقرُّ لَهُ بِنَصْفِ قِيَمَةِ الْوَلَدِ عَلَى الْقَوْلِ الَّذِي يَقُولُ : إِنَّ السَّرَايَةَ لَا تَقَعُ إِلَّا بِدَفْعِ الْقِيَمَةِ .

وعلى القول الذي يقول : إِنَّ السَّرَايَةَ تَقَعُ فِي الْحَالِ . . يقول : لَا شَيْءَ عَلَيَّ مِنْ قِيَمَةِ الْوَلَدِ ، وَيَدَّعِي كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى صَاحِبِهِ بِجَمِيعِ الْمَهْرِ وَجَمِيعِ قِيَمَةِ الْوَلَدِ فِي أَحَدِ الْقَوْلَيْنِ - وَهُوَ إِذَا قُلْنَا : إِنَّ السَّرَايَةَ تَقَعُ فِي الْحَالِ - وَبِنَصْفِ الْمَهْرِ وَنَصْفِ قِيَمَةِ الْوَلَدِ فِي الْقَوْلِ الْآخَرِ - وَهُوَ إِذَا قُلْنَا : إِنَّ السَّرَايَةَ لَا تَقَعُ إِلَّا بَعْدَ دَفْعِ الْقِيَمَةِ - فَيَسْقُطُ إِقْرَارُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لِصَاحِبِهِ بِنَصْفِ قِيَمَةِ الْجَارِيَةِ ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يُكْذِّبُ إِقْرَارَ صَاحِبِهِ لَهُ بِذَلِكَ .

وَأَمَّا الْمَهْرُ : فَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يُقرُّ لِصَاحِبِهِ بِنَصْفِهِ وَالْمَقْرُّ لَهُ يَدَّعِي جَمِيعَهُ فِي أَحَدِ الْقَوْلَيْنِ ، وَهُوَ إِذَا قُلْنَا : إِنَّ السَّرَايَةَ تَقَعُ فِي الْحَالِ ، فَيَجِبُ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لِصَاحِبِهِ نَصْفُ الْمَهْرِ الَّذِي اتَّفَقَا عَلَيْهِ ، وَيَحْلِفُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لِصَاحِبِهِ عَلَى النِّصْفِ الَّذِي يَدَّعِيهِ وَيَنْكُرُهُ صَاحِبُهُ .

وَأَمَّا عَلَى الْقَوْلِ الَّذِي يَقُولُ : لَا يَسْرِي الْإِحْبَالُ إِلَّا بِدَفْعِ الْقِيَمَةِ . . فَإِنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لَا يَدَّعِي عَلَى صَاحِبِهِ إِلَّا نَصْفَ الْمَهْرِ ، فَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يُقرُّ لِصَاحِبِهِ بِنَصْفِ الْمَهْرِ ، فَلَا يَمِينُ عَلَى أَحَدِهِمَا لِلْآخَرِ ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يُقرُّ لِصَاحِبِهِ بِمَا يَدَّعِيهِ عَلَيْهِ .

وَأَمَّا قِيَمَةُ الْوَلَدَيْنِ : فَإِنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَحْلِفُ لِصَاحِبِهِ بِمَا يَدَّعِيهِ<sup>(١)</sup> عَلَيْهِ مِنْ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّا إِذَا قُلْنَا : إِنَّ الْإِحْبَالَ يَسْرِي فِي الْحَالِ . . فَإِنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَقُولُ : أَنَا أَحْبَلْتُهَا أَوَّلًا وَيَسْرِي إِحْبَالِي ، وَوَضَعْتُهُ فِي مَلَكِي ، فَلَا يُلْزِمُنِي قِيَمَةُ وَلَدَيْ<sup>(٢)</sup> ، وَأَنْتَ أَحْبَلْتَهَا بَعْدِي وَقَدْ صَارَتْ أُمٌّ وَلَدَيْ ، فَيُلْزِمُكَ جَمِيعُ قِيَمَةِ وَلَدِكَ ، فَيَحْلِفُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لِصَاحِبِهِ - عَلَى هَذَا - أَنَّهُ لَا يَسْتَحِقُّ جَمِيعَ قِيَمَةِ الْوَلَدِ الَّتِي يَدَّعِيهَا وَلَا بَعْضَهَا .

(١) فِي ( م ) : ( عَمَّا ادَّعَاه ) .

(٢) فِي نَسْخَةِ : ( وَلَدَيْنِ ) .

وعلى هذا القول الذي يقول : إِنَّ الإِجْبَالَ لَا يَسْرِي إِلَّا بِدَفْعٍ<sup>(١)</sup> القيمة . . فكلُّ واحدٍ منهما يُقَرُّ لِصَاحِبِهِ بِنَصْفِ قِيَمَةٍ وَلَدِهِ وَيَدَّعِي عَلَى صَاحِبِهِ بِنَصْفِ قِيَمَةٍ وَلَدِهِ ، فَإِنْ كَانَتْ قِيَمَةُ الْوَلَدَيْنِ مُتَسَاوِيَةً ، وَقُلْنَا : يَسْقُطُ مَا عَلَى أَحَدِهِمَا بِمِثْلِ مَا لَهُ عَلَى الْآخَرِ . . فَلَا يَمِينُ عَلَى أَحَدِهِمَا . وَإِنْ كَانَتْ قِيَمَةُ أَحَدِهِمَا أَكْثَرَ . . حَلَفَ مَنْ كَثُرَتْ قِيَمَةُ وَلَدِهِ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ بَرَاءَةُ ذِمَّةِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِمَّا يَدَّعِيهِ الْآخَرُ .

إِذَا ثَبَتَ هَذَا : فَإِنَّ هَذِهِ الْجَارِيَةَ تَوْقَفُ وَلَا تَصِيرُ أُمَّ وَلَدٍ لَوَاحِدٍ مِنْهُمَا ؛ لِأَنَّ قَوْلَ أَحَدِهِمَا لَيْسَ بِأَوَّلَى مِنْ قَوْلِ الْآخَرِ . وَيُؤْخَذَانِ بِنَفَقَتِهِمَا ، فَإِنْ مَاتَ أَحَدُهُمَا . . فَفِيهِ وَجْهَانِ :

أَحَدُهُمَا - وَهُوَ قَوْلُ أَكْثَرِ أَصْحَابِنَا ، وَلَمْ يَذْكُرِ الشَّيْخُ أَبُو حَامِدٍ غَيْرَهُ - : أَنَّهُ لَا يَعْتَقُ شَيْءٌ مِنَ الْجَارِيَةِ لَاحْتِمَالِ أَنْ تَكُونَ أُمَّ وَلَدٍ لِلثَّانِي مِنْهُمَا خَاصَّةً ، وَلَا يَقَعُ الْعَتَقُ بِالشَّكِّ .

وَالثَّانِي - حَكَاهُ أَبُو الصَّبَّاحِ عَنْ أَبِي عَلِيٍّ بْنِ أَبِي هُرَيْرَةَ ، وَأَبِي عَلِيٍّ الطَّبْرِيِّ ، وَأَخْتَارَهُ الْقَاضِي أَبُو الطَّيِّبِ - : أَنَّهُ يَعْتَقُ نَصْفَهَا ؛ لِأَنَّ الْمَيْتَ كَانَ قَدْ أَقَرَّ بِأَنَّ نَصْفَهَا أُمُّ وَلَدٍ لَهُ وَهِيَ فِي يَدِهِ ، فَلَزِمَ ذَلِكَ فِي حَقِّ وَرَثَتِهِ . وَيَكُونُ وَلَاءُ هَذَا النِّصْفِ مَوْقُوفًا ، بِخِلَافِ الْعَتَقِ ؛ لِأَنَّهُ يَبْنَى عَلَى التَّغْلِيْبِ وَالسَّرَايَةِ .

وَإِنْ مَاتَا جَمِيعًا . . حَكَمَ بَعْتَقُهَا<sup>(٢)</sup> بِمَا خِلَافٍ ؛ لِأَنَّ مَوْتَ سَيِّدِهَا الَّذِي صَارَتْ أُمُّ وَلَدٍ لَهُ مِنْهُمَا مُتَيَقِّنٌ ، وَيَكُونُ وَلَاؤُهَا مَوْقُوفًا إِلَى أَنْ يَتَبَيَّنَ الْحَالُ .

فَإِنْ مَاتَتِ الْجَارِيَةُ بَعْدَ ذَلِكَ ، فَإِنْ كَانَ لَهَا وَارِثٌ مِنْ جِهَةِ النِّسْبِ يَحُوزُ مِيرَاثَهَا . . وَرِثَتَهَا وَلَا كَلَامَ . وَإِنْ كَانَ وَارِثُهَا هُوَ مَوْلَاهَا . . وَقِفَ مِيرَاثُهَا إِلَى أَنْ يَصْطَلَحَ عَلَيْهِ وَرَثَةُ السَّيِّدِينَ .

وَإِنْ كَانَا مُعْسَرَيْنِ . . فَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَقْرَأُ أَنَّ نَصِيبَهُ مِنَ الْجَارِيَةِ أُمُّ وَلَدٍ لَهُ وَالْآخَرُ يَصَدَّقُهُ ؛ لِأَنَّ الْإِسْتِيلَادَ مَعَ الْإِعْسَارِ لَا يَسْرِي ، وَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَقْرَأُ لِصَاحِبِهِ بِنَصْفِ

(١) فِي ( م ) : ( إِلَى دَفْعِ ) .

(٢) فِي نَسْخَةٍ : ( بَعْتَقَهُمَا ) .



المهر ويصدقهُ المقرُّ له على ذلك ، فإن كانا سواءً . . تقاصًا ، ولا يمينَ بينهما . وإن كانَ على أحدهما فضلٌ . . دفعَ الفضلَ لصاحبه .

وأما الولدان : فعلى قولِ أبي إسحاق : نصفُ ولدٍ كلٍّ واحدٍ منهما حرٌّ ، ونصفُهُ الآخرُ مملوكٌ لصاحبه .

وعلى قولِ أبي عليٍّ : الولدانِ حرَّانِ ، وعلى كلٍّ واحدٍ منهما لصاحبه نصفُ قيمةِ ولده ، فيتقاصَّانِ فيما أستويا ، ويتراجعانِ في الفضلِ ، ولا يمينَ هاهنا .

فإن مات أحدهما . . عتقَ نصفُ الجاريةِ ، ويكونُ ولاؤُهُ لورثته .

ونقلَ الربيعُ في « الأُمِّ » [انظر : ٤١٢ / ٧] : ( أنَّهما إذا ماتا . . كانَ الولاءُ موقوفًا ، سواءً كانا موسرينِ أو معسرينِ ) .

فمن أصحابنا من قال : هذا خطأ في النقل ؛ لأنَّ الولاءَ إنما يوقفُ إذا كانا موسرينِ ، فأما إذا كانا معسرينِ . . فلا يوقفُ ، كما بيَّناه .

ومنهم من اعتذرَ له ، وقال : أرادَ به إذا كانا معسرينِ حالَ الموتِ ، وقد كانا موسرينِ حالَ الإحبالِ .

وأما إذا كانَ أحدهما موسرًا والآخرُ معسرًا . . فإنَّ الموسرَ يُقرُّ للمعسرِ بنصفِ قيمةِ الجاريةِ ونصفِ مهرِها . ويُقرُّ له بنصفِ قيمةِ الولدِ إذا قلنا : لا يسري الإحبالُ إلَّا بدفعِ القيمةِ . ولا يقرُّ بشيءٍ من قيمةِ الولدِ إذا قلنا : يسري الإحبالُ في الحالِ . ويدَّعي على المقرِّ بجميعِ المهرِ إذا قلنا : يسري الإحبالُ في الحالِ . ويملكُ الولدَ على قولِ أبي إسحاق ، وبقيمتِهِ على قولِ أبي عليٍّ بن أبي هريرةٍ وعلى هذا القولِ . ولا يدَّعي إلَّا بنصفِ المهرِ إذا قلنا : لا يسري الإحبالُ إلَّا بدفعِ القيمةِ . وفي الولدِ على هذا القولِ وجهانِ . فالمعسرُ يقولُ : أنا وطئتُ أولًا ، فعليَّ نصفُ المهرِ ، ونصيبي من الجاريةِ أمٌ ولدٍ لي ، وفي ولدي وجهانِ . وأنتَ أيُّها الموسرُ وطئتَها بعدي ، فعليكَ لي نصفُ المهرِ ونصيبكُ أمٌ ولدكُ وولدكُ حرٌّ وعليكَ لي نصفُ قيمتهِ ، فيسقطُ إقرارُ الموسرِ بنصفِ قيمةِ الجاريةِ للمعسرِ ؛ لأنَّه يُكذِّبُهُ في ذلك ، وكلُّ واحدٍ منهما مقرٌّ لصاحبه بنصفِ المهرِ ، ويصادقُهُ المقرُّ له به فيتقاصَّانِ فيما أستويا فيه من ذلك ، ويحلفُ



المعسر للموسر عن النصف الباقي من المهر ؛ لأنه قد يدّعي عليه جميع المهر - في أحد القولين - والمعسر لا يقرّ له إلا بالنصف .

وأما ولد المعسر : فقد تصادقا على ملك نصفه للموسر في أحد الوجهين ونصف قيمته في الآخر ، فلا يمين على المعسر في ذلك ، إلا أن الموسر يدّعي ملك جميعه أو جميع قيمته في أحد القولين ، فيحلف المعسر له على ذلك .

وأما ولد الموسر : فإن قلنا : إن الإحبال لا يسري إلا بعد دفع القيمة . . لزمه أن يدفع نصف قيمة ولده إلى المعسر ؛ لأنه يقرّ له بذلك وهو يدّعيه .

وإن قلنا : إن الإحبال يسري في الحال . . فإنه لا يقرّ له بشيء من قيمة الولد ، والمعسر يدّعي عليه بقيمة نصفه ، فيحلف الموسر له على ذلك .

وأما الجارية : فإن نصيب الموسر فيها أم ولد له بلا منازعة ، فيكون كسبه له ونفقته عليه . وأما نصيب المعسر منها : فإنهما يتنازعا فيه ، فيكون نفقته عليهما وكسبه لهما .

فإن مات الموسر . . عتق نصيبه وولاه لورثته . فإن مات المعسر أولاً . . لم يعتق نصيبه قبل موت الموسر ؛ لأنهما يتنازعا فيه . وإن ماتا . . عتقت الجارية ، وكان ولاء نصيب الموسر لورثته ؛ لأنهم لا ينازعهم غيرهم فيه .

وأما ولاء نصيب المعسر : فإنه يكون موقوفاً بين ورثة الموسر وورثة المعسر . ونقل المُنزني في هذه المسألة : ( أنهما إذا ماتا . . كان الولاؤ موقوفاً ) .

قال أصحابنا : أراد بذلك ولاء نصيب المعسر دون نصيب الموسر لما بيّناه .

مسألة : [ لا يتبع ولد المكاتب أمه ] :

إذا كاتب أمة ثم حملت بعد الكتابة بولد من زوج أو زناً . . فإن الولد يكون مملوكاً ولا يتبع الأم في الكتابة .

وقال أبو حنيفة : ( يتبع الأم في الكتابة ) .

دليلنا : أن الكتابة عقد يفتقر إلى القبول ، فلم يتبع الولد فيه الأم ، كالبيع . وفيه احتراز من التدبير .

إذا ثبتَ هذا : فما حكمُ الولدِ ؟ فيه قولان :

أحدهما : أنه مملوكٌ للمولى ، وهو الأصحُّ ؛ لأنه عقدٌ يلحقه الفسخُ ، فلم يسرِ حكمه إلى الولدِ ، كالرهنِ .

فعلى هذا : يكونُ كسبه للمولى ، وله أن يتصرفَ فيه بسائرِ التصرفاتِ التي يتصرفُ بها في سائرِ عبيده من البيع والاستخدام والوطء .

والثاني : أنه موقوفٌ على حكمِ الأمِّ ، فإن رقتِ الأمُّ . . رَقَّ معها . وإن عتقتُ . . عتقَ ؛ لأنَّ الكتابةَ سببٌ يستحقُّ به العتقُ ، فتبعَ الولدُ الأمَّ في ذلك ، كالاستيلادِ .

فإذا قلنا بهذا : فالكلامُ في قيمته إذا قُتِلَ ، وفي كسبه ، وفي نفقته ، وفي عتقه . فأما قيمته : فإنه إذا قُتِلَ . . وجبت قيمته على القاتلِ ؛ لأنه مملوكٌ يُضمنُ بالقيمة ، ولمن تكونُ هذه القيمةُ ؟ فيه قولان :

أحدهما : أنها للمولى ؛ لأنه تابعٌ لأمِّه ، ولو قُتِلَت أمُّه . . لكانت قيمتها لمولاها ، فكذلك قيمة ولدها .

والثاني : أنها تُصرفُ إلى المكاتبِ لتستعينَ بها على كتابتها ؛ لأنَّ السيّدَ كان لا يستحقُّ التصرفَ في رقبته مع كونه قنّاً ، فلا يستحقُّ قيمته ، فإذا لم يستحقّها السيّدُ . . كانت للأمِّ ؛ لأنه لا فائدة في إيقافِ القيمةِ .

وأما كسبه : فنصَّ الشافعيُّ رحمه الله فيه على قولين :

( أحدهما : أنه للمكاتبِ ، تستعينُ به على كتابتها ؛ لأنَّ الولدَ تابعٌ لها وجزءٌ منها .

والثاني : أنه يكونُ موقوفاً كالولدِ ، فإن رقتِ الأمُّ . . رَقَّ الولدُ ، وكان الكسبُ للسيّدِ . وإن عتقتِ الأمُّ . . عتقَ الولدُ وكان كسبه له ؛ لأنه لما كانت ذاته <sup>(١)</sup> موقوفة . . وجبَ أن يكونَ كسبه موقوفاً ) .

ومن أصحابنا من خرّجَ في الكسبِ قولاً ثالثاً : أنه يكونُ للسيّدِ ؛ لأنَّ كسبَ ولدِ أمِّ الولدِ للسيّدِ ، فكذلك كسبُ ولدِ المكاتبِ .

(١) في نسخة : ( إذا كانت أمه ) .

ومنهم من قال : هي على القولين الأولين المنصوص عليهما .  
والفرق بين ولد أم الولد وولد المكاتب أن كسب أم الولد للسيد ، فكان كسب ولدها  
له ، وكسب المكاتب لا يملكه السيد ، فلم يكن له كسب ولدها .  
قال ابن الصبّاح : وإن جني على أعضاء هذا الولد . . وجب الأرش على الجاني ،  
وكان ككسب الولد على ما ذكرناه .  
وإن قلنا : إن الكسب موقوف فمات الولد قبل عتق الأم أو عجزها . . كان كسبه  
كقيمته إذا قتل ، على ما مضى من القولين .  
وإن أشرفت<sup>(١)</sup> الأم على العجز ، وقلنا : إن كسب الولد موقوف . . فهل للأم أن  
تأخذه لتؤدّيه للمولى فتعتق به ؟ فيه قولان :  
أحدهما : لها ذلك ؛ لأن في ذلك حظاً للولد ؛ لأنها إذا عتقت . . عتق الولد .  
والثاني : ليس لها أن تأخذه ؛ لأن الكسب ليس بمملوك لها ، وإنما هو موقوف  
على السيد أو الولد .  
وأما نفقة الولد : فإن قلنا : إن كسبه للسيد . . كانت نفقته عليه .  
وإن قلنا : إن كسبه للأم . . كانت نفقته عليها .  
وإن قلنا : إن كسبه موقوف . . كانت نفقته في كسبه . وإن لم يف كسبه بنفقته . .  
ففيه وجهان :  
أحدهما : يجب تمامها على السيد ؛ لأن المقلب في ذلك حظّه ؛ لأنه موقوف عليه  
ليتملكه .  
والثاني : يجب تمامها في بيت المال ؛ لأن السيد لا يملكه ، فلا يلزمه الإنفاق  
عليه ، فيكون محتاجاً ليس له من ينفق عليه ، فوجب نفقته في بيت المال .  
وأما عتقه : فإن السيد إذا أعتق هذا الولد قبل عجز الأم أو عتقها ، فإن قلنا : إن  
كسبه وقيمته للسيد ، أو قلنا : إنه موقوف وليس لها أن تستعين به إذا عجزت . . نفذ

---

(١) في ( م ) : ( أرقت ) .

عتقه ؛ لأنه ليس في ذلك إضرارٌ بغيره . وإن قلنا : إنَّ كسبه وقيمتَه للأُمِّ . . لم ينفذ عتقه ؛ لأنَّ في ذلك إسقاطَ حقِّها من الكسب والقيمة .

فرعٌ : [ولدُ المكاتبه جارية] :

وإن كان ولدُ المكاتبه جاريةً ، وقلنا : إنَّ ولدَ المكاتبه موقوفٌ . . فلا يجوزُ للسيد وطؤها ، كما لا يجوزُ له وطءُ أمِّها ، فإن خالفَ ووطئها . . فلا حدَّ عليه ، كما لو وطئَ أمَّها .

فإن كانا عالمين بالتحريم . . عزَّرا . وإن كانا جاهلين . . لم يُعزَّرا .

وإن كان أحدهما عالماً والآخر جاهلاً . . عزَّرَ العالمُ منهما دونَ الجاهل .

وأما المهرُ : فإن قلنا : إنَّ الكسبَ للسيد . . فلا مهرَ عليه .

وإن قلنا : إنَّ الكسبَ للأُمِّ . . وجبَ عليه المهرُ للمكاتبه .

وإن قلنا : إنَّه موقوفٌ . . أخذَ منه المهرُ ووُقفَ .

وإن أفتضَّها أو أفضاها . . كانَ أرشُ الافتضاضِ وقيمتُها للإفضاء ككسبها على

ما مضى .

وإن أحبلها . . كانَ ولدهُ منها حرّاً ، ويلحقُه نسبهُ ، وتصيرُ أمُّ ولدٍ له ؛ لأنها حملتْ

منه بِحرٍّ في ملكه .

وأما قيمتها : فقال أكثرُ أصحابنا : لا يجبُ عليه قيمتها ؛ لأنَّ القيمةَ تجبُ لمن

يملكها ، والأُمُّ لا تملكها .

وقال ابنُ الصَّبَّاحِ : وينبغي أن يكونَ في قيمتها قولانِ هاهنا ، كما لو أتلَفَتْ . ولا

يجبُ عليه قيمةٌ ولدها ؛ لأنها تضرُّه في ملكه .

وإن كان للمكاتبه أمةٌ . . لم يَجزُ للسيد وطؤها ؛ لأنها ملكٌ للمكاتبه .

فإن خالفَ ووطئها . . فلا حدَّ عليه لشبهةِ الملكِ ؛ لأنه يملكُ مالَها ، ويجبُ عليه

المهرُ ، ويدفعُها إلى المكاتبه ؛ لأنَّ كسبَ جاريتهَا لها .

وإن أحببها . . صار ولده منها حراً ، ولحقه نسبه ، وصارت أم ولد له ، ويجب عليه قيمتها للمكاتبة ، ولا يجب عليه لها قيمة ولدها ؛ لأنها تضعه في ملكه .

**فرع :** [ولد ولد المكاتبه] :

وأما ولد ولد المكاتبه : فإن الشافعي قال : ( وولد البنات كالبنت ، وولد البنين كالأمهات ) يريد : أن ولد بنت المكاتبه حكمه حكم أمه ، وولد ابن المكاتبه حكمه حكم أمه دون أبيه .

وقال أبو يوسف ومحمد : ولد البنت يكون داخلاً في كتابة جدته .

وقال أبو حنيفة : ( يدخل في كتابة أمه دون جدته ) .

ودليلنا : أن الولد من كسب أمه ، والأم تابعة للمكاتبة ، فكذلك ولدها ، كسائر أكسابها . ونحن نريد بذلك في حكم الكتابة لا في الكتابة .

**مسألة :** [حبس المكاتب ومنعه عن التصرف] :

وإذا كاتب الرجل عبداً له على مال معلوم إلى أجل ، ثم إن السيد حبس المكاتب ومنعه عن التصرف مدة . . ففيه قولان منصوصان في « الأم » :

( أحدهما : يلزمه أن يخليه مثل تلك المدة التي حبسه فيها ليكتسب فيها ؛ لأنه دخل معه في عقد على أن يمكنه من التصرف تلك المدة التي شرطها ، فلزمه الوفاء بذلك ) .

والثاني : يلزمه أجره مثله في مثل تلك المدة التي شرطها ، فلزمه الوفاء بذلك . وهو الأصح ؛ لأن المنافع تضمن بالأجرة ولا تضمن بالمثل ، فهو كما لو غصب من رجل مالا : داراً أو عبداً .

**فرع :** [أخذ الأعداء المكاتب لا يمنع الملك] :

وإن كاتب مسلم عبداً له ، ثم ظهر المشركون على الدار وأخذوا المكاتب . . فإنهم لا يملكونه بالأخذ .



فَإِنْ حَبَسُوهُ مَدَّةً ، ثُمَّ خَلَصَ مِنْ أَيْدِيهِمْ . . فَأَخْتَلَفَ أَصْحَابُنَا فِيهِ :

فَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ : فِيهِ قَوْلَانِ :

أَحَدُهُمَا : يَلْزُمُ السَّيِّدُ أَنْ يَخْلِيَهُ مِثْلَ تِلْكَ الْمَدَّةِ الَّتِي حَبَسَهُ الْمَشْرُكُونَ فِيهَا .

وَالثَّانِي : لَا يَلْزُمُهُ تَخْلِيَتُهُ ؛ لَمَّا ذَكَرْنَاهُ فِي الَّتِي قَبَّلَهَا . فَأَمَّا الْأَجْرَةُ : فَإِنَّهَا لَا تَجِبُ عَلَى السَّيِّدِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَحْبِسْهُ بِنَفْسِهِ .

وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ : لَا يَلْزُمُهُ تَخْلِيَتُهُ لِلاِكْتِسَابِ هَاهُنَا قَوْلًا وَاحِدًا .

وَالْفَرْقُ بَيْنَ هَذِهِ وَالَّتِي قَبَّلَهَا : أَنَّ السَّيِّدَ هُنَاكَ حَبَسَ الْمَكَاتِبَ وَهَاهُنَا لَمْ يَحْبِسْهُ ، وَلَا لَهُ فِي حَبْسِهِ فَعْلٌ .

فَإِنْ قُلْنَا : لَا يَلْزُمُهُ تَخْلِيَتُهُ ، فَإِنْ لَمْ يَحُلَّ عَلَيْهِ نَجْمٌ . . فَلَيْسَ لَهُ مَطَالِبَتُهُ . وَإِنْ كَانَ قَدْ حُلَّ عَلَيْهِ نَجْمٌ ، فَإِنْ كَانَ مَعَهُ مَالٌ وَأَدَّاهُ . . عَتَقَ . وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مَعَهُ مَالٌ . . فَلِلْسَيِّدِ أَنْ يُعْجِزَهُ وَيَفْسَخَ الْكِتَابَةَ .

وَإِنْ قُلْنَا : يَلْزُمُهُ تَخْلِيَتُهُ ، ففَعَلَ ، وَاكْتَسَبَ مَالًا وَأَدَّاهُ . . عَتَقَ .

وَإِنْ أَنْقَضَتِ الْمَدَّةُ وَلَا مَالَ مَعَهُ . . فَلِلْسَيِّدِ أَنْ يَفْسَخَ الْكِتَابَةَ .

**مَسْأَلَةٌ :** [إِيتَاءُ السَّيِّدِ شَيْئًا لِلْمَكَاتِبِ] :

قَالَ الشَّافِعِيُّ : ( وَيُجْبَرُ السَّيِّدُ عَلَى أَنْ يَضَعَ مِنْ كِتَابَتِهِ شَيْئًا ) <sup>(١)</sup> .

وَجُمْلَةُ ذَلِكَ : أَنَّ الْإِيتَاءَ فِي الْكِتَابَةِ وَاجِبٌ عِنْدَنَا ، وَهُوَ : أَنْ يَحِطَّ عَنْهُ السَّيِّدُ شَيْئًا مِنْ مَالِ الْكِتَابَةِ ، أَوْ يَدْفَعَ إِلَيْهِ مَا يَسْتَعِينُ بِهِ فِي آدَاءِ مَالِ الْكِتَابَةِ . وَبِهِ قَالَ أَحْمَدُ .

(١) فِي حَاشِيَةِ نَسْخَةٍ : ( وَأَحْسِبُهُ قَالَ : مِنْ آخِرِ نَجْوَمِهِ . وَرَوَى عَنْ ابْنِ عَمْرٍو [فِي « أَحْكَامِ الْقُرْآنِ » ( ١٧١ / ٢ ) وَ « الْأُمِّ » ( ٣٦٤ / ٧ ) ] : أَنَّهُ قَالَ فِي هَذِهِ الْآيَةِ ﴿ وَءَاتَوْهُمْ مِنْ مَالِ اللَّهِ الَّذِي آتَيْنَاكُمْ ﴾ [النور : ٣٣] يَقُولُ اللَّهُ تَعَالَى : ( ضَعُوا عَنْهُمْ مِنْ مَكَاتِبِهِمْ ) [وَفِيهِمَا قَالَ : فَيَجْبَرُ سَيِّدُ الْمَكَاتِبِ عَلَى أَنْ يَضَعَ عَنْهُ مِمَّا عَقَدَ عَلَيْهِ الْكِتَابَةَ شَيْئًا ، وَإِذَا وَضَعَ عَنْهُ شَيْئًا مَا كَانَ . . لَمْ يَجْبَرْ عَلَى أَكْثَرِ مِنْهُ] . وَعَنْ فَضَالَةَ قَالَ : كَاتِبُنِي عَمْرٌو فَاسْتَقْرَضَ مِنْ حَفْصَةَ مِئَتِي دِرْهَمٍ فَأَعَانَنِي بِهَا ، فَذَكَرْتُ ذَلِكَ لِعَكْرَمَةَ فَقَالَ : هُوَ قَوْلُهُ تَعَالَى ، وَسَاقَ الْآيَةَ . مِنْ « شَرْحِ التَّنْبِيهِ » لابْنِ الرَّفْعَةِ ) .

وقال مالك وأبو حنيفة : ( الإيتاء مستحبٌ غير واجب ) .

دليلنا : قوله تعالى : ﴿ وَءَاتَوْهُمْ مِّن مَّالِ اللَّهِ الَّذِي ءَاتٰكُمْ ﴾ [النور : ٣٣] وهذا أمرٌ ، والأمر يقتضي الوجوب .

وروي عن علي رضي الله عنه : أنه قال في هذه الآية : ( ضعوا عنه ربع مال الكتابة )<sup>(١)</sup> .

وعن ابن عباس في هذه الآية : أنه قال : ( ضعوا عنهم من مكاتبتهم شيئاً )<sup>(٢)</sup> .

وعن ابن عمر : ( أنه كاتب عبد له بخمسة وثلاثين ألفاً ، فأخذ منه ثلاثين ألفاً ، وترك خمسة آلاف )<sup>(٣)</sup> .

إذا ثبت هذا : فالكلام في الإيتاء في أربعة مواضع :

(١) أخرج خبر علي المرتضى عن عطاء النسائي في « السنن الكبرى » ( ٥٠٣٦ ) ، ومن طريق أبي عبد الرحمن السلمي النسائي أيضاً ( ٥٠٣٧ ) و ( ٥٠٣٨ ) في العتق ، باب : تأويل قول الله جل ثناؤه ﴿ وَءَاتَوْهُمْ مِّن مَّالِ اللَّهِ ﴾ ، وعبد الرزاق في « المصنف » ( ١٥٥٩٠ ) و ( ١٥٥٩١ ) ، والحاكم في « المستدرک » ( ٣٩٧ / ٢ ) ، والبيهقي في « السنن الكبرى » ( ٢٣٩ / ١٠ ) في العتق .

ورواه عن علي مرفوعاً النسائي في « الكبرى » ( ٥٠٣٤ ) و ( ٥٠٣٥ ) ، وعبد الرزاق في « المصنف » ( ١٥٥٨٩ ) ، والحاكم في « المستدرک » ( ٣٩٧ / ٢ ) . وأورده الحافظ في « تلخيص الحبير » ( ٢٣٩ / ٤ ) وقال : وصحح الموقوف النسائي ، كذا قال البيهقي والدارقطني . قال عبد الحق : ورواه ابن جريج عن عطاء بن السائب عن السلمي مرفوعاً ، وابن جريج إنما سمع من عطاء بعد الاختلاط ، ورواية الوقف أصح .

(٢) أخرجه عن ابن عباس الطبري في « التفسير » ( ٢٦٠٥٥ ) ، والبيهقي في « السنن الكبرى » ( ٣٣٠ / ١٠ ) وذكره ابن كثير في « التفسير » ( ٢٨٨ / ٣ ) ، والسيوطي في « الدر المنثور » ( ٨٢ / ٥ ) وزاد نسبته إلى سعيد بن منصور وابن المنذر وابن أبي حاتم .

(٣) أخرج خبر ابن عمر الشافعي في « الأم » ( ٣٦٤ / ٧ ) والبيهقي في « السنن الكبرى » ( ٣٣٠ / ١٠ ) في العتق . ورواه عن ابن عمر بلاغاً مالك في « الموطأ » ( ٧٨٨ / ٢ ) . وروى عن ابن عمر عبد الرزاق في « المصنف » ( ١٥٥٩٥ ) والبيهقي في « السنن الكبرى » ( ٣٣٠ / ١٠ ) : ( كان ابن عمر إذا كاتب عبداً . . . كره أن يضع عنه في أول نجومه إلا في آخره ؛ مخافة أن يعجز ) .

أحدها : في وقت جوازه .

والثاني : في وقت وجوبه .

والثالث : في قدره .

والرابع : في جنسه .

فأما وقت جوازه : فمن بعد عقد الكتابة إلى حين أداء مال الكتابة ؛ لعموم الآية ، ولأنَّ القصد إعانته على الأداء ، وذلك يحصل كل وقت من هذه الأوقات .

وأما وقت وجوبه : ففيه وجهان :

أحدهما : لا يجب إلا بعد العتق ؛ لأنه مشبه بالمتعة في الطلاق ، والمتعة لا تجب إلا بعد الطلاق .

والثاني - وهو قول أبي إسحاق - : أنه يتعين وجوبه إذا أدى أكثر مال الكتابة وبقي عليه قدر الإيتاء ؛ لأنه إذا آتاه وقد بقي عليه أكثر من قدر الإيتاء ربما عجز نفسه بعد ذلك ، فلا يحصل المقصود بالإيتاء .

وأما قدره : ففيه وجهان :

أحدهما - وهو قول أبي إسحاق - : أن الإيتاء يختلف باختلاف مال الكتابة ، فإن كثر مال الكتابة . . كثر الإيتاء . وإن قل مال الكتابة . . قل الإيتاء .

هكذا حكاه الشيخان : أبو حامد ، وأبو إسحاق عن أبي إسحاق ، وحكاه ابن الصَّبَّاح عنه<sup>(١)</sup> : أن الإيتاء يختلف بيسار المكاتب وإعساره .

فإن تراضيا على قدر الإيتاء . . فلا كلام ، وإلا . . رفعاه إلى الحاكم ؛ ليقدِّره بأجتهاده ، كما قلنا في امتعة .

والثاني - وهو المنصوص - : ( أنه يُجزى السيد من ذلك ما يقع عليه الاسم من قليل أو كثير ) ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَءَاتَوْهُمْ مِّن مَّالِ اللَّهِ الَّذِي ءَاتَاكُمْ ﴾ [النور : ٣٣] وهذا عموم يقع على القليل والكثير .

(١) في ( م ) : ( عن أبي إسحاق ) .

وَأَمَّا جِنْسُهُ : فَإِنْ حَطَّ عَنْهُ بَعْضُ مَالِ الْكِتَابَةِ . . أَجْزَأُهُ . وَإِنْ أَخَذَ مِنْهُ مَالُ الْكِتَابَةِ ثُمَّ دَفَعَ إِلَيْهِ بَعْضَ مَا أَخَذَ مِنْهُ . . جَازَ ؛ لِأَنَّ اللَّهَ أَمَرَ بِالْإِيتَاءِ ، وَحَقِيقَةُ الْإِيتَاءِ تَقَعُ عَلَى الدَّفْعِ ، وَالْحَطُّ أَوْلَى مِنَ الدَّفْعِ ؛ لِأَنَّ فِيهِ مَعْنَى الْإِيتَاءِ وَزِيَادَةٌ ، وَلِأَنَّهُ أَنْفَعُ لَهُ مِنَ الدَّفْعِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَتَكَلَّفِ الْمَشَقَّةَ فِي تَحْصِيلِهِ ، وَلِأَنَّ الصَّحَابَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ فَسَرَوْا الْإِيتَاءَ بِالْحَطِّ عَلَى مَا تَقَدَّمَ .

فَإِنْ كَاتَبَهُ عَلَى دِرَاهِمٍ فَأَعْطَاهُ السَّيِّدُ دَنَانِيرَ ، أَوْ كَاتَبَهُ عَلَى دَنَانِيرٍ فَأَعْطَاهُ السَّيِّدُ دِرَاهِمَ . . لَمْ يُجْبَرْ الْعَبْدُ عَلَى قَبُولِهِ ؛ لِقَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ وَءَاتَوْهُمْ مِّن مَّالِ اللَّهِ الَّذِي ءَاتَاكُمْ ﴾ وَهَذَا آتَاهُ مِنْ غَيْرِ الْمَالِ الَّذِي آتَاهُ .

وَإِنْ كَاتَبَهُ عَلَى دِرَاهِمٍ فَأَعْطَاهُ السَّيِّدُ دِرَاهِمَ مِنْ غَيْرِ الْمَالِ الَّذِي أَعْطَاهُ الْمَكَاتِبُ . . فَهَلْ يَلْزَمُ الْعَبْدَ الْمَكَاتِبَ قَبُولُهَا ؟ فِيهِ وَجْهَانِ :

أَحَدُهُمَا : يَلْزَمُهُ قَبُولُهَا ، كَمَا لَوْ أَخْرَجَ الزَّكَاةَ مِنْ غَيْرِ الْمَالِ الَّذِي وَجِبَتْ فِيهِ الزَّكَاةُ ، إِلَّا أَنَّهُ مِنْ جِنْسِهِ .

وَالثَّانِي : لَا يَلْزَمُهُ قَبُولُهُ ، وَهُوَ الْمَذْهَبُ ؛ لِقَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ وَءَاتَوْهُمْ مِّن مَّالِ اللَّهِ الَّذِي ءَاتَاكُمْ ﴾ وَفَسَّرَتْهُ الصَّحَابَةُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ : بِحَطِّ بَعْضِ مَالِ الْكِتَابَةِ ، فَذَلَّ عَلَى أَنَّ الْإِيتَاءَ يَخْتَصُّ بِنَفْسِ مَالِ الْكِتَابَةِ .

فَرَعٌ : [أداء مال الكتابة قبل حلول الأجل] :

وَإِنْ أَدَّى الْمَكَاتِبُ جَمِيعَ مَالِ الْكِتَابَةِ قَبْلَ الْإِيتَاءِ . . عَتَقَ وَلَزِمَ الْمَوْلَى أَنْ يَدْفَعَ إِلَيْهِ ؛ لِأَنَّ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى صَاحِبِهِ حَقًّا ، فَلَا يَسْقُطُ حَقُّهُ بِأَدَاءِ مَا عَلَيْهِ ، كَمَا لَوْ كَانَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى الْآخَرِ دَيْنٌ فَقَضَى أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ دَيْنَهُ .

وَإِنْ مَاتَ الْمَوْلَى قَبْلَ الْإِيتَاءِ . . لَمْ يَسْقُطِ الْإِيتَاءُ ؛ لِأَنَّهُ حَقٌّ وَاجِبٌ لَّأَدَمِيٍّ ، فَلَمْ يَسْقُطْ بِمَوْتِهِ ، كَالدَّيْنِ .

فَإِنْ كَانَ مَالُهُ يَفِي بِدَيْنٍ - إِنْ كَانَ عَلَيْهِ - وَبِالْإِيتَاءِ . . أَسْتُوفِي ذَلِكَ مِنْ تَرْكِتِهِ .

وَإِنْ كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ وَأَوْصَى بِوَصَايَا ، فَإِنْ كَانَ مَالُهُ يَفِي بِالْأَدْيَانِ وَالْوَصَايَا وَالْإِيتَاءِ . .

أَسْتَوْفِي ذَلِكَ كُلَّهُ مِنْ تَرْكِهِ . وَإِنْ كَانَ مَالُهُ لَا يُفِي بِذَلِكَ كُلِّهِ . . فنَقَلَ الْمُزْنِي : ( أَنْ  
المكاتبَ يحاصُّ أهلَ الدِّينِ والوصايا ) وأخْتَلَفَ أَصْحَابُنَا فِي ذَلِكَ :

فمِنْهُمْ مَنْ ذَهَبَ إِلَى ظَاهِرِ مَا نَقَلَهُ الْمُزْنِي ، وَأَنَّ الْمَكَاتِبَ يَحَاصُّ أَصْحَابَ  
الْوَصَايَا ؛ لِأَنَّ الْإِيتَاءَ غَيْرُ مُقَدَّرٍ وَضَعْفَ أَمْرِهِ وَإِنْ كَانَ وَاجِبًا ، فَسَاوَى أَصْحَابَ  
الْوَصَايَا .

وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ : يَقْدَمُ الْإِيتَاءُ عَلَى الْوَصَايَا ، وَهُوَ الصَّحِيحُ ؛ لِأَنَّهُ دَيْنٌ ، وَالدِّينُ  
مُقَدَّمٌ عَلَى الْوَصَايَا . وَتَأَوَّلُوا مَا نَقَلَهُ الْمُزْنِي ثَلَاثَ تَأْوِيلَاتٍ :

أَحَدُهَا : أَنَّهُ أَرَادَ أَنَّ الْإِيتَاءَ مُقَدَّمٌ عَلَى الْمِيرَاثِ ، كَمَا يَقْدَمُ الدِّينُ وَالْوَصَايَا عَلَيْهِ ؛  
لِأَنَّهُ أَرَادَ أَنَّ الْإِيتَاءَ يُسَوِّي بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْوَصَايَا .

وَالثَّانِي : أَنَّهُ أَرَادَ بِذَلِكَ إِذَا كَانَ قَدْ ثَبَتَ عَلَيْهِ دَيْنٌ بِالْبَيِّنَةِ وَدَيْنٌ بِالْوَصِيَّةِ ، فَإِنَّ  
الْمَكَاتِبَ يَسَاوِي أَصْحَابَ الدِّينِ الَّذِينَ ثَبَتَ دَيْنُهُمْ بِالْوَصِيَّةِ ، كَمَا يَسَاوِي أَصْحَابَ الدِّينِ  
الَّذِينَ ثَبَتَ دَيْنُهُمْ بِالْبَيِّنَةِ .

وَالثَّلَاثُ : أَنَّهُ أَرَادَ بِذَلِكَ : إِذَا كَانَ قَدْ أَوْصَى لِلْمَكَاتِبِ بِزِيَادَةٍ عَلَى قَدْرِ الْوَاجِبِ لَهُ  
مِنَ الْإِيتَاءِ . . فَإِنَّهُ يَحَاصُّ بِالْقَدْرِ الْوَاجِبِ مِنْ غَيْرِ الْوَصِيَّةِ أَهْلَ الدِّينِ ، وَيَحَاصُّ بِمَا زَادَ  
عَلَيْهِ أَهْلَ الْوَصَايَا ؛ لِأَنَّهُ وَجِبَ لَهُ بِالْوَصِيَّةِ .

فَرَعٌ : [قول السيد رقيقي أحرار] :

إِذَا قَالَ : مَمَالِكِي ، أَوْ رَقِيقِي أَحْرَارًا . . عَتَقَ كُلَّ عَبْدٍ لَهُ وَمَدْبَرٍ وَأُمٍّ وَلَدٍ .  
وَإِنْ كَانَ لَهُ مَكَاتِبٌ . . فنَقَلَ الْمُزْنِي : ( أَنَّهُ لَا يَعْتَقُ ) .

وَقَالَ الرَّبِيعُ : سَمَاعِي عَنِ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ : ( أَنَّهُ يَعْتَقُ ) .

فَمِنْ أَصْحَابِنَا مَنْ قَالَ : لَا يَعْتَقُ قَوْلًا وَاحِدًا ، وَمَا قَالَهُ الرَّبِيعُ مِنْ تَخْرِيجِهِ .

وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ : فِيهِ قَوْلَانِ ؛ لِأَنَّهُ أَخْبَرَ أَنَّهُ سَمَاعُهُ :

أَحَدُهُمَا : أَنَّهُ يَعْتَقُ عَلَيْهِ ؛ لِقَوْلِهِ ﷺ : « الْمُكَاتَبُ عَبْدٌ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ دِرْهَمٌ » ، وَلِأَنَّهُ

مَمْلُوكٌ ، فَكَانَ مَمْلُوكًا لِسَيِّدِهِ .



والثاني : لا يعتق ؛ لأنه كالخارج عَنْ مِلْكِ سَيِّدِهِ ، فلا يتصرَّفُ في رقبته ولا في منفعتِهِ ، ولا يستحقُّ كُلُّ واحدٍ منهما حقّاً على صاحبه ، فلم يدخل في أَسْمِ مَمَالِكِيهِ ولا رقيقه ، كالحُرِّ . وَمَنْ قَالَ بهذا . . قَالَ : المكاتبُ مملوكٌ لا مالكَ لَهُ ، كستارةِ الكعبةِ .

وَمِنْ أَصْحَابِنَا مَنْ يَقُولُ : هُوَ مَمْلُوكٌ لِنَفْسِهِ ولا يعتقُ عليه ؛ لأنه لَمْ يكْمُلْ ملكُهُ ، كما إِذَا اشْتَرَى عَبْدًا . . فَإِنَّهُ يملكُهُ ولا ينفذُ عتْقَهُ فِيهِ .

وبالله التوفيقُ

\* \* \*

## بابُ الأداء والعجز

ولا يعتق المكاتب ولا شيء منه بالكتابة حتى يؤدي جميع مال الكتابة . وبه قال عمر ، وأبْنُ عمر ، وزيد بن ثابت ، وعائشة ، وأم سلمة ، وأبْنُ المسيب ، والحسن البصري ، والزهرى ، ومالك ، والثوري ، وأبو حنيفة وأصحابه .  
وقال أبْنُ مسعود : ( إذا أدى قدر قيمته . . عتق ، وكان زعيماً بالباقي بعد عتقه )<sup>(١)</sup> .

وروي عن علي رضي الله عنه روايتان :

إحداهما : ( أنه إذا أدى نصف ما عليه . . عتق كله ، وطولب بالباقي .

والثانية : أنه يعتق منه بقدر ما يؤدي )<sup>(٢)</sup> .

وقال أبْنُ سريج : إذا أدى ثلث ما عليه . . عتق كله وأدى الباقي في حال حرّيته .

ودليلنا : ما روى عمرو بن شعيب عن أبيه ، عن جدّه ، أن النبي ﷺ قال :

« الْمُكَاتَبُ عَبْدٌ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ دِرْهَمٌ مِنْ مُكَاتَبَتِهِ » .

(١) أورد القلعجي في « فقه عبد الله بن مسعود » ( ص / ٢٤٧ ) روايات : وقال في خامسها : وهي توافق الصحيحة عن عمر رضي الله عنه : أنه إذا أدى قيمته فهو حر ، ونسب القول إلى ابن حزم في « المحلى » ( ٣٣٠ / ٩ ) و « آثار أبي يوسف » ( ٨٦١ ) .

(٢) أخرج خبر الفتى علي بنحوه النسائي في « الكبرى » ( ٥٠٢٣ ) في العتق ، باب : ذكر المكاتب يؤدي بعض كتابته .

ورواه عن علي المرتضى مرفوعاً النسائي في « الكبرى » ( ٥٠٢٢ ) ، وفي الباب :  
رواه عن ابن عباس أبو داود ( ٤٥٨٢ ) في الديات ، والترمذي ( ١٢٥٩ ) في البيوع ، والنسائي في « الكبرى » ( ٥٠٢١ ) في العتق ، و « الصغرى » ( ٤٨١١ ) في القسامة وفيه لفظ : « إذا أصاب المكاتب حداً أو ميراثاً ورث بحساب ما عتق منه ، وأقيم عليه الحد بحسب ما عتق منه » . وعند الترمذي : « يؤدي المكاتب بحصته ما أدى دية حر ، وما بقي دية عبد » .  
قال الترمذي : هذا حديث حسن .

ولأنَّه علَّقَ عتقه على دفع مالٍ ، فلم يعتق قَبْلَ أداءِ جميعه ، كما لو قال لِعبيده : إنْ أدَّيتَ إليَّ ألفاً . . فأنت حرٌّ .

**مسألة :** [إبراء أحد المكاتبين] :

وإنْ كاتبَ رجلانِ عبداً بينهما كتابةٌ صحيحةٌ ، ثمَّ أبرأه أحدهما ممَّا عليه ، أو أعتق نصيبه منه . . عتق عليه ، كما لو كاتبَ عبداً فأبرأه من مالِ الكتابةِ أو أعتقه . وهل يقومُ عليه نصيبُ شريكه إنْ كانَ موسراً ؟

قالَ الشيخُ أبو حامدٍ : يقومُ عليه قولاً واحداً ، كغيرِ المكاتبِ .

وقالَ الشيخُ أبو إسحاقَ : يجبُ أنْ يكونَ التقويمُ على قولين ، كما قلنا في الشريكين إذا دبرا عبداً بينهما ، ثمَّ أعتق أحدهما نصيبه .

فإذا قلنا : يقومُ عليه . . فمتى يقومُ عليه ؟ فيه قولان :

أحدهما : يقومُ عليه في الحالِ ؛ لأنَّ التقويمَ لحظُّ العبدِ ، والحظُّ له بالتقويمِ في الحالِ لتعجَّلَ له الحرِّيَّةُ ، فقومُ في الحالِ ، كغيرِ المكاتبِ .

والثاني : يؤخَّرُ التقويمُ إلى أنْ يعجزَ العبدُ ؛ لأنَّ التقويمَ في الحالِ يُسقطُ ما ثبتَ للآخرِ من ولاءٍ نصفه ، فتأخَّرَ التقويمُ .

فعلى هذا : إنْ أدَّى ما بقيَ عليه من مالِ الكتابةِ . . عتق نصيبُ السيِّدِ الذي لم يعتق عليه ، وكانَ الولاءُ بينهما . وإنْ عجزَ . . قومَ نصيبُ الشريكِ الذي لم يعتق على المعتقِ ، وعتق عليه ، وكانَ له ولاءٌ جميعه .

**فرع :** [لا تنسخ الكتابة بموت السيِّد] :

وإنْ كاتبَ رجلٌ عبداً ، وماتَ السيِّدُ قَبْلَ الأداءِ ، وخلفَ أبني . . فإنَّ الكتابةَ لا تنسخُ بموتِ السيِّدِ ؛ لأنها لازمةٌ من جهته . فإنْ أدَّى مالَ الكتابةِ إليهما . . عتق ؛ لأنَّهما قائمانِ مقامَ الأبِ فيعتقُ بالأداءِ إليهما ، كما يعتقُ بالأداءِ إلى الأبِ . ويكونُ الولاءُ لأبيهما ؛ لأنَّه عتق بسببِ منه وينتقلُ إليهما ، فإنْ عجزَ . . فسُخا الكتابةُ وعادَ

رقيقاً لهما . وإن أراد أن يؤدّي مال الكتابة إلى أحدهما دون الآخر . لم يَجْزُ ؛ لأنَّ الحقَّ لهما ، فلا يجوز أن يُفرد أحدهما بالأداء .

فإن خالف وأدّى مال الكتابة إلى أحدهما . فهل يعتق نصيبه ؟

قال ابن الصبّاغ : فيه قولان .

وإن أعتق أحدهما نصيبه منه ، أو أبرأه ممّا له عليه . برىء ممّا له عليه ، وعتق نصيبه منه . وبه قال أحمد .

وقال أبو حنيفة : ( لا يعتق إلاّ بأداء جميع مال الكتابة ) .

دلّلنا : أنّه أبرأه من جميع ما له عليه ، فعتق نصيبه منه ، كما لو كاتب عبداً له وأبرأه من مال الكتابة .

وهل يقوّم عليه نصيب أخيه إن كان موسيراً ؟ فيه قولان :

أحدهما : لا يقوّم عليه ؛ لأنّه إذا أبرأه . عتق بحكم الكتابة ، والكتابة إنّما كانت من الميّت ، بدليل أنّ الولاء له فيه ، فلا يجوز أن يقوّم على الابن .

والثاني : يقوّم عليه نصيب أخيه ، وهو الأصحّ ؛ لأنّ الحرّيّة تعجّلت له بإعتاق الابن أو إبرائه ، فقوّم عليه ، كما لو كان عبد بين اثنين فأعتق أحدهما نصيبه فيه وهو موسر .

وما ذكره الأوّل لا يدلّ على عدم التقويم ؛ لأنّه قد يقع العتق والولاء لشخص ويكون التقويم على غيره ، ألا ترى أنّ رجلاً لو قال لأحد الشريكين في العبد : أعتق نصيبك عني على ألف ، فأعتقه عنه . . فإنّه يعتق عن السائل نصيب المعتق ، ويكون الولاء له به ، ويسري فيه العتق إلى نصيب الشريك ، ويجب تقويمه على الشريك المباشر للعتق ؟

فإذا قلنا : لا يقوّم عليه . . عتق نصيب المعتق وبقي نصيب أخيه على الكتابة ، فإن أدّى إليه ما يخصّه من مال الكتابة . . عتق ، وكان ولأه جميعه للميّت ، وينتقل إلى عصبائه . وإن عجز . . كان للأخ الذي لم يُعتق فسخ الكتابة في نصفه ، فيعود رقيقاً له ويكون نصفه حرّاً ، ولمن يكون ولأه ذلك النصف ؟ فيه وجهان :

أحدهما : يكونُ بينَ الاثنينِ نصفينِ ؛ لأنَّه عتقَ بالكتابةِ على الأبِ ، فانتقلَ إليهما .

والثاني : يكونُ للابنِ الذي أعتقه أو أبرأه ؛ لأنَّه الذي يجرُّ العتقَ له .  
وإذا قلنا : إنَّه يقومُ عليه نصيبُ أخيه . . فمتى يقومُ عليه ؟ اختلفَ أصحابنا فيه :  
فقال أكثرُهم : فيه قولان :

أحدهما : يقومُ في الحالِ .

والثاني : لا يقومُ إلا بعدَ العجزِ ، كالتي قبلها .

وقال أبو إسحاق المروزي : يؤخَّرُ التقويمُ إلى أن يعجزَ قولاً واحداً .

والفرقُ بينهما : أنَّ في هذهِ قد ثبتَ الولاءُ للميتِ بحقِّ الكتابةِ ، فإذا قوِّمَ على الابنِ عاجلاً . . انتقلَ الولاءُ عن الميتِ إليه ، والمِلْكُ لا ينتقلُ فيه ، فلم يجرِ نقلُ الولاءِ عنه بغيرِ ضرورةٍ . وفي التي قبلها إذا قوِّمَ العبدُ على أحدِ الشريكين . . انتقلَ المِلْكُ إليه في نصيبِ شريكه ، فانتقلَ إليه الولاءُ .

فإذا قلنا : يقومُ في الحالِ . . دفعَ إلى أخيه قيمةَ نصفِ العبدِ ، وعتقَ هذا النصفُ على الذي يقومُ عليه ، وكانَ ولاءُ هذا النصفِ له ، وفي ولاءِ النصفِ الذي عتقَ بالإعتاقِ أو الإبراءِ الوجهانِ الأولانِ :

أحدهما : أنَّه بينَ الابنينِ .

والثاني : أنَّه للذي أعتقه منهما أو أبرأه .

وإذا قلنا : لا يقومُ إلا بعدَ العجزِ . . نظرتُ :

فإن أدَّى المالَ الذي بقيَ عليه من مالِ الكتابةِ . . قال ابنُ الصَّبَّاحِ : عتقَ ويكونُ الولاءُ بينهما .

وقال المحامليُّ : يكونُ ولاءُ هذا النصفِ الذي عتقَ بالأداءِ للميتِ ، وينتقلُ إلى عصبائه .

وفي ولاءِ هذا النصفِ الذي عتقَ بالإعتاقِ أو الإبراءِ الوجهانِ :



أحدهما : أنه بين الابنين .

والثاني : ينفرد به الابن الذي أعتقه .

وإن عجز عن أداء ما بقي عليه . . فُسخت الكتابة في النصف الذي للأخ الذي لم يعتق ، وقوم ذلك على أخيه ، وعتق عليه ، وكان ولاء هذا النصف للمقوم عليه . وفي ولاء النصف الذي عتق بالإبراء الوجهان .

فرع : [يدفع المكاتب للسيدین معاً] :

وإن كاتب رجلان عبداً بينهما نصفين كتابةً صحيحةً . . فلا يجوز للمكاتب أن يدفع إلى أحدهما شيئاً من مال الكتابة حتى يدفع إلى الآخر مثله .

فإن دفع إلى أحدهما شيئاً من مال الكتابة ولم يدفع إلى الآخر مثله ، فإن كان ذلك بغير إذن المولى الذي لم يدفع إليه . . لم يصح قبض الذي قبض ، وكان للآخر أن يأخذ من القابض نصف ما قبض . وإن كان ذلك بإذن الذي لم يقبض . . فهل يصح القبض ؟ فيه قولان :

أحدهما : لا يصح . وبه قال أبو حنيفة ، وأختاره المُرْنِي ؛ لأنَّ حقَّ الإذن إنما هو في ذمّة المكاتب ، وما في يد المكاتب ملك للمكاتب ، فلا ينفذ فيه إذن السيد ، فيكون كما لو دفع إليه من غير إذن ، ولأنّه لو كان مع المكاتب ألف فوزن لأحدهما خمس مئة برضا الآخر ، ثم هلكت الخمس مئة التي بقيت في يد المكاتب قبل أن يقبضها الآذن . . لكان للآذن أن يرجع على القابض بنصف الخمس مئة التي قبض ، ولو صحَّ الإذن . . لم يرجع عليه بشيء .

والثاني : يصحُّ القبض . قال المحاملي : وهو الأشبه ، لأنَّ للسيد على المكاتب حقّين ؛ حقّاً في ذمّته وحقّاً في ماله وهو حقُّ الحجر ؛ لأنَّ له منعه أن يخصَّ شريكه بشيء منه فإذا أذن له في دفعه ، فقد أسقط حقّه من الحجر وبقي حقّه الذي في ذمّته ، فصار كرجل له في ذمّة رجل دين وله رهن فأسقط حقّه من الرهن ، فإنه يبقى حقّه من الدين .

فإذا قلنا : لا يصحُّ القبض . . قيل للمكاتب : إن كان معك من المال مثل الذي

دفعت إلى القابض . . فادفعه إلى الآخر ، فإذا دفعه وكان تمام مال الكتابة . . عتق عليهما . وإن لم يكن معه مال غير ما قد قبضه السيّد الأول . . كان للسيّد الآذن أن يرجع على القابض بنصف ما قبضه .

فإن أدّى إليهما تمام مال الكتابة . . عتق عليهما . وإن عجز . . فسحا الكتابة ورق لهما .

وإن قلنا : يصح القبض . عتق نصيب القابض ؛ لأنه أستوفى جميع ما له عليه .

وهل يقوم عليه نصيب شريكه إن كان موسراً ؟

قال الشيخ أبو إسحاق : فيه قولان :

أحدهما : لا يقوم عليه ؛ لتقدم سببه الذي أشركا فيه .

والثاني : يقوم عليه ؛ لأنه عتق نصيبه بسبب منه .

وقال أكثر أصحابنا : يقوم عليه قولاً واحداً .

فإذا قلنا : يقوم عليه . . فمتى يقوم عليه ؟ فيه قولان :

أحدهما : يقوم عليه في الحال .

والثاني : لا يقوم في الحال ، بل يؤخر إلى أن يعجز فيرق ، أو يؤدّي ما عليه

للآخر ، وقد مضى توجيههما .

فإذا قلنا : يقوم في الحال . . فإن الكتابة تنسخ في النصف المتقوم ، فيعتق جميعه

على القابض ، ويكون ولاء جميعه للقابض .

فإن كان في يده مال كسبه قبل العتق . . قال ابن الصبّاغ : كان للذي لم يقبض أن

يأخذ منه بقدر ما قبضه شريكه ؛ لأن كسبه قبل عتقه كان بينهما .

فإن فصل من الكسب شيء بعد ذلك . . كان بين السيّد الذي لم يقبض وبين

المكاتب نصفين ؛ لأن الكسب كان في ملكهما ، فما خصّ ملك القابض . . أنتقل إلى

العبد بعتق نصفه ، وما خصّ ملك الذي لم يقبض . . كان له أخذه ؛ لأن حصته منه قد

عاد رقيقاً بالتقويم .

وإن قلنا : لا يقوم إلا بعد العجز . . نظرت :

فإن أدّى ما عليه للذي لم يقبض . . عتق عليه نصفه وعلى القابض نصفه ، وكان ولاؤه بينهما ، وما فضل في يد المكاتب من الكسب للمكاتب .

وإن عجز . . قوم نصفه على القابض ، وعتق عليه جميعه ، وكان ولاؤه له ، وكان للذي لم يقبض نصف ما كسبه العبد من حين عتق نصفه الأول إلى حين أن يعتق نصفه الثاني .

فإن مات المكاتب قبل الأداء والتقويم . . مات ونصفه حر ونصفه مكاتب ، فيكون لسيده الذي لم يقبض نصف ما خلفه ، وفي النصف الآخر قولان :

قال في القديم : ( يكون لورثته ) .

وقال في الجديد : ( يكون لمالك نصفه ) ويأتي بيانهما في الفرائض إن شاء الله .

**مسألة :** [قبض السيد مال المكاتبه قبل الحلول] :

إذا جاء المكاتب بمال الكتابة إلى السيد قبل حلول النجم ، فإن قبله السيد منه . . صح القبض ، وبرىء منه المكاتب .

وإن امتنع السيد من قبضه . . نظر فيه :

فإن كان ممّا يخاف عليه التلف أو التغير إلى وقت حلول النجم ، كالأشياء الرطبة وما أشبه ذلك . . لم يلزمه قبوله ؛ لأنه ربّما يتلف قبل المحل ، ففاته المقصود .

وإن كان ممّا لا يتلف بنفسه ولكن عليه مؤونة في حفظه إلى وقت حلول النجم ، كالطعام الكثير والثياب والأخشاب وما أشبهها . . لم يجبر على قبوله ؛ لأن عليه ضرراً في مؤونة حفظه إلى وقت حلول النجم .

وإن كان حيواناً . . لم يجبر على قبوله أيضاً ؛ لأنه يخاف عليه التلف ، ويلزمه مؤونة في حفظه .

وإن كان ممّا لا يخاف عليه التلف بنفسه ، ولا عليه مؤونة في حفظه ، كالدراهم والدنانير والرصاص والصّفر والتحاس ، فإن كان البلد خائفاً ويخاف عليه الأخذ ،

وكان البلد وقت عقد الكتابة آمناً . . لم يلزمه قبوله ؛ لأنه ربما يتلف إلى وقت حلول النجم .

وإن كان البلد عند وقت عقد الكتابة خائفاً . . ففيه وجهان :

أحدهما : يلزمه قبوله ؛ لأن حالة العقد وحالة القبض سواء فأشبه إذا كانا آمنين .

والثاني : لا يلزمه قبوله ، وهو الأصح ؛ لأن الاعتبار بحال حلول النجم وربما زال الخوف ذلك الوقت .

وكل موضع قلنا : يلزمه قبوله ، فإن قبله . . فلا كلام ، وإن لم يقبله . . وإلا دفعه المكاتب إلى الحاكم وبرىء ؛ لما روى سعيد بن أبي سعيد المقبري ، عن أبيه : ( أن امرأة اشترته وكاتبته على أربعين ألفاً ، فأدّى عامة المال ، ثم أتاها ببقية ، فقالت : لا والله حتى يأتي به سنة بعد سنة وشهراً بعد شهر ، فأتى بالمال إلى عمر رضي الله عنه فأخبره بذلك ، فقال : ضعه في بيت المال ، ثم أرسل إليها عمر : أنه أخذ المال وجعله في بيت المال ، وقال لها : قد عتق أبو سعيد ، فإن اخترت أخذه شهراً بعد شهر أو سنة بعد سنة . . فأفعلي . فأرسلت ، فأخذت المال )<sup>(١)</sup> .

ولأن الأجل حق لمن عليه الدين ، فإذا عجل الدين . . فقد رضي بإسقاط حقه من الأجل ، فأجبر من له الدين على أخذه .

فرع : [كاتبه على مال في بلد] :

قال في « الأم » : ( وإن كاتب رجل عبداً له على مال ببلد ، ثم لقيه ببلد آخر ، فأعطاه العبد إياه : فإن كان ممّا لحمله مؤونة ، كالحبوب والحديد والرصاص والياب . . لم يجبر على قبوله ؛ لأن عليه ضرراً بمؤونة حمله . وإن كان ممّا ليس بحمله مؤونة كالدراهم والدنانير ، فإن كان الطريق مخوفاً . . لم يلزمه قبوله ؛ لأنه يخاف عليه التلف . وإن كان الطريق آمناً . . لزمه قبوله ؛ لأنه لا غرض له في تأخيرهِ ) .

(١) أخرج خبر عمر البيهقي في « السنن الكبرى » ( ١٠ / ٣٣٤ - ٣٣٥ ) ، وعلقه في « معرفة السنن والآثار » ( ٧ / ٥٥٣ - ٥٥٤ ) في المكاتب .

فرع : [كاتبه على ألف في نجمين فعجل أحدهما] :

وإن كاتبه على ألف في نجمين إلى أجلين ، فجاءه بخمس مئة قبل المحل ، ثم قال له : خذ هذه على أن تبرئني من الخمس مئة الأخرى ، ففعل ، أو قال له السيد : عجل لي خمس مئة حتى أبرئك من الباقي ، أو صالحني على خمس مئة معجلة . . لم يصح القبض ولا الصلح ولا الإبراء ولا يعتق العبد بذلك . وبه قال أبو يوسف وزفر .

وقال أبو حنيفة رحمه الله : ( يجوز استحساناً ) وبه قال أحمد .

دليلنا : أن هذا يضارع ربا الجاهلية ، فإن الرجل منهم كان إذا حل دينه يقول لمن عليه الدين : تقضي أو تزيد ؟ فإن قضاؤه ، وإلا . . زاده في الدين ، وزاده في الأجل . وهذا مشبه بذلك ؛ لأنه ينقصه من الحق لينقصه من الأجل ، فلم يصح .

وإن لم يشترط عليه الإبراء ولكن عجل له خمس مئة وسأله إبراءه من الباقي فأبرأه . . صح ؛ لأن الإبراء لم يكن عوضاً عن التعجيل .

إذا ثبت هذا : فإن المزنّي قال : قال الشافعي رحمه الله : ( وضع وتعجيل لا يجوز ) وقال في موضع آخر : ( وضع وتعجيل يجوز ) .

قال أصحابنا : ليست على قولين ، وإنما هي على حالين :

فالموضع الذي قال : ( لا يجوز ) أراد : إذا كان بشرط البراءة .

والموضع الذي قال : ( يجوز ) أراد : إذا عجل بغير شرط البراءة .

مسألة : [لا يطالب المكاتب قبل الأجل] :

وليس للسيد مطالبة المكاتب بمال الكتابة قبل حلول النجم ؛ لأن الأجل جعل رفقا بالمكاتب ، فلو جوزنا له مطالبة به قبل حلول النجم . . سقطت فائدة الأجل .

فإذا حل أجل نجم . . كان للسيد مطالبة بالنجم الذي حل ، فإن دفعه إليه . . فلا كلام . وإن كان عاجزاً عن أداء النجم الذي حل عليه . . كان المولى بالخيار بين أن يصبر عليه ويتركه على الكتابة ، وبين أن يفسخ الكتابة ويرده إلى الرق . وبه قال أبو حنيفة .



وقال أبو يوسف : لا يرده إلى الرق حتى يتوالى عليه نجمان .  
 دليلنا : ما روي : ( أن ابن عمر كاتب عبداً له على ثلاثين ألفاً ، فقال له : أنا عاجز . فقال له : أمح كتابتك . فقال : أمح أنت كتابتك )<sup>(١)</sup> . ولأنه عجز عن أداء ما حل عليه ، فكان للسيد أن يعجزه ، كما لو توالى عليه نجمان .  
 فإن كان مع المكاتب ما يؤديه فامتنع من أدائه . . جاز للمولى تعجزه ورده إلى الرق .

وقال أبو حنيفة : ( ليس له تعجزه ، بل يجبره الحاكم على الأداء ) .  
 دليلنا : أنه تعذر الأداء بالامتناع من الأداء ، فجاز له تعجزه ورده إلى الرق ، كما لو لم يكن قادراً على الأداء .  
 وإن عجز عن أداء بعض النجم ، أو امتنع من دفع بعضه . . جاز للمولى تعجزه ؛ لأن العتق لا يتبعض ، فكان تعذر البعض كتعذر الجميع .  
 وللمولى أن يعجزه بنفسه ويرده إلى الرق من غير حاكم إذا كان المكاتب حاضراً .  
 وقال ابن أبي ليلى : لا يكون عجزه إلا عند السلطان .  
 دليلنا : أنه فسخ مجمع عليه ، فلم يفتقر إلى الحاكم ، كفسخ البيع للعيب .

فرع : [إنظار السيد للمكاتب] :

وإذا حل على المكاتب نجم فعجز عن أدائه ، فقال السيد : قد أنظرته . . جاز ؛ لأن الحق في الفسخ للسيد ، فجاز له تركه .  
 فإن بدا للسيد أن ينظره وطالبه به . . جاز ، وله أن يعجزه ؛ لأن الدين الحال لا يتأجل عندنا بالتأجيل .

(١) أخرج خبر ابن عمر عن نافع بنحوه مطولاً عبد الرزاق في « المصنف » ( ١٥٧٢٣ ) و ( ١٥٧٢٤ ) ، ومختصراً البيهقي في « معرفة السنن » ( ٥٦٠ / ٧ - ٥٦١ ) و « السنن الكبرى » ( ٣٤١ / ١٠ ) في المكاتب ، باب : عجز المكاتب .

فَإِنْ كَانَ مَعَ الْمَكَاتِبِ مَالٌ مِنْ غَيْرِ جَنْسِ مَالِ الْكِتَابَةِ فَاسْتَنْظَرَ لِبَيْعِهِ بِجَنْسِ مَالِ الْكِتَابَةِ . . وَجَبَ عَلَى السَّيِّدِ إِنْظَارُهُ ؛ لِأَنَّهُ قَادِرٌ عَلَى أَدَاءِ مَالِ الْكِتَابَةِ ، وَلَا يُلْزَمُهُ أَنْ يُنْظِرَهُ أَكْثَرَ مِنْ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ ؛ لِأَنَّ مَا زَادَ عَلَى الثَّلَاثِ كَثِيرٌ .

وَإِنْ طَلَبَ أَنْ يُنْظِرَهُ إِلَى أَنْ يَصَلَ إِلَيْهِ مَالُهُ ، فَإِنْ كَانَ مَالُهُ مِنْهُ عَلَى مَسَافَةٍ لَا تُقْصَرُ فِيهَا الصَّلَاةُ . . وَجَبَ إِنْظَارُهُ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ قَرِيبٌ وَلَا ضَرَرَ عَلَى الْمَوْلَى فِيهِ . وَإِنْ كَانَ مِنْهُ عَلَى مَسَافَةٍ تُقْصَرُ فِيهَا الصَّلَاةُ . . لَمْ يَجِبْ إِنْظَارُهُ ؛ لِأَنَّ عَلَى الْمَوْلَى ضَرَرًا فِي ذَلِكَ .

قَالَ الشَّيْخُ أَبُو إِسْحَاقَ : فَإِنْ طَلَبَ الْإِنْظَارَ إِلَى أَنْ يَقْتَضِيَ دَيْنًا لَهُ عَلَى غَيْرِهِ ، فَإِنْ كَانَ حَالًا عَلَى مَلِيٍّ . . وَجَبَ إِنْظَارُهُ ؛ لِأَنَّهُ كَالْمَالِ الَّذِي أَوْدَعَهُ . وَإِنْ كَانَ مُوَجَّلاً ، أَوْ عَلَى مَعْسِرٍ . . لَمْ يَجِبْ إِنْظَارُهُ ؛ لِأَنَّ عَلَى الْمَوْلَى ضَرَرًا فِي ذَلِكَ .

#### فَرْعٌ : [حلول أجل المال والمكاتب غائب] :

وَإِنْ حُلَّ عَلَيْهِ نَجْمُ الْكِتَابَةِ وَهُوَ غَائِبٌ . . قَالَ أَبُو الصَّبَّاحِ : فَإِنْ كَانَ يَسَافِرُ بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ . . كَانَ لَهُ أَنْ يَفْسَخَ الْكِتَابَةَ . وَإِنْ سَافَرَ بِإِذْنِهِ . . لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَفْسَخَ ، وَلَكِنْ يَرْفَعُ الْأَمْرَ إِلَى الْحَاكِمِ ، وَيُثَبِّتُ عِنْدَهُ حُلُولَ مَالِ الْكِتَابَةِ ، وَيَحْلِفُ أَنَّهُ مَا قَبِضَ ؛ لِيَكْتَبَ إِلَى الْحَاكِمِ الَّذِي فِي بَلَدِهِ الْمَكَاتِبُ فَيُعْلِمَهُ بِمَا ثَبَتَ عِنْدَهُ ، فَإِذَا وَصَلَ الْكِتَابُ إِلَى الْحَاكِمِ الَّذِي فِي بَلَدِهِ الْمَكَاتِبُ . . أَسْتَدْعَى الْمَكَاتِبَ وَأَخْبَرَهُ بِمَا كُتِبَ إِلَيْهِ ، فَإِنْ كَانَ الْمَكَاتِبُ عَاجِزًا . . كَتَبَ الْحَاكِمُ الْمَكْتُوبَ إِلَيْهِ إِلَى الْحَاكِمِ الْكَاتِبِ إِلَيْهِ بِعِزِّ الْمَكَاتِبِ لِيُخْبِرَ السَّيِّدَ بِذَلِكَ ، فَيَكُونُ السَّيِّدُ بِالْخِيَارِ : بَيْنَ أَنْ يَصْبِرَ وَبَيْنَ أَنْ يَفْسَخَ الْكِتَابَةَ .

وَإِنْ كَانَ الْمَكَاتِبُ قَادِرًا عَلَى الْأَدَاءِ . . قَالَ لَهُ الْحَاكِمُ : إِمَّا أَنْ تَخْرُجَ إِلَى الْبَلَدِ الَّذِي فِيهِ السَّيِّدُ فَتَوَدِّيَ إِلَيْهِ مَالَ الْكِتَابَةِ ، أَوْ تَوَكَّلَ مَنْ يَحْمِلُ إِلَيْهِ الْمَالَ . فَإِنْ فَعَلَ ذَلِكَ فِي أَوَّلِ حَالِ الْإِمْكَانِ عِنْدَ خُرُوجِ الْقَافِلَةِ - إِنْ كَانَ لَا يَخْرُجُ إِلَّا مَعَهَا - فَلَا كَلَامَ . وَإِنْ أَخَّرَ ذَلِكَ عَنْ حَالَةِ الْإِمْكَانِ وَمَضَى زَمَانُ الْمَسِيرِ . . ثَبَتَ لِلْسَّيِّدِ الْخِيَارُ فِي الْفَسْخِ .

وَإِنْ وَكَّلَ السَّيِّدُ فِي بَلَدِ الْمَكَاتِبِ مَنْ يَقْبِضُ مِنْهُ الْمَالَ . . لَزِمَ الْمَكَاتِبَ الدَّفْعُ إِلَيْهِ ، فَإِنْ أَمْتَنَعَ الْمَكَاتِبُ مِنَ الدَّفْعِ إِلَيْهِ . . ثَبَتَ لِلْسَّيِّدِ الْخِيَارُ فِي فَسْخِ الْكِتَابَةِ . وَإِنْ أَمَرَ

الوكيل بالفسخ عند تعذر القبض . . جاز للوكيل الفسخ .

إذا ثبت هذا : فنقل المُرني : ( أَنَّ السَّيِّدَ لَيْسَ لَهُ أَنْ يَفْسَخَ حَتَّى تَمْضِيَ مَدَّةُ السَّيْرِ ، وَسَوَاءٌ كَانَ وَكَّلاً أَوْ لَمْ يُوَكَّلْ ) .

ونقل الربيع : ( أَنَّهُ إِذَا كَانَ لِلْسَّيِّدِ وَكِيلٌ . . لَمْ تَعْتَبَرْ مَدَّةُ الْمَسِيرِ ) .

قال أصحابنا : المذهب ما نقله الربيع ، وما نقله المُرني في هذا خطأ . هكذا ذكر أكثر أصحابنا .

وحكى الشيخ أبو إسحاق وجهاً آخر : أَنَّ نَجْمَ الْكِتَابَةِ إِذَا حُلَّ وَالْمَكَاتِبُ غَائِبَةٌ . . كَانَ لِلْسَّيِّدِ أَنْ يَفْسَخَ الْكِتَابَةَ مِنْ غَيْرِ أَنْ يَكْتُبَ إِلَى الْحَاكِمِ الَّذِي فِي بَلَدِهِ الْمَكَاتِبُ ؛ لِأَنَّهُ تَعَذَّرَ عَلَيْهِ الْمَالُ ، فَجَازَ لَهُ الْفَسْخُ .

فرع : [أسر المكاتب] :

وإن كاتب عبده ثم أسر المشركون العبد وحبسوه مدّة وتخلّص من أيديهم وحلّ عليه نجم الكتابة ، فإن قلنا : لا يجب على السيّد تخليّته في مثل تلك المدّة التي حبسه فيها المشركون . . فله مطالبة بما حلّ عليه ، فإن كان عاجزاً عن أدائه . . كان له تعجيزه .

وإن قلنا : يجب عليه تخليّته مثل تلك المدّة . . فليس له مطالبة حتّى تمضي عليه مثل تلك المدّة التي حبس فيها بعد حلول النجم ، ثمّ له مطالبة بعد ذلك بما حلّ عليه ، فإن كان عاجزاً . . كان له تعجيزه .

وإن كان العبد حلّ عليه النجم وهو في أيدي المشركين ، فإن قلنا : يلزمه تخليّته بعد أن يتخلّص منهم مثل المدّة التي حبس فيها . . فليس للسيّد هاهنا تعجيزه ؛ لأنّه يلزمه تخليّته مثل المدّة بعد أن يتخلّص منهم .

وإن قلنا : لا يلزمه تخليّته بعد التخلّص . . فله أن يعجزه ويفسخ الكتابة ؛ لأنّه قد تعذّر الأداء من جهته ، وهل له أن يفسخ بنفسه ؟ فيه وجهان :

أحدهما : له أن يفسخ الكتابة بنفسه ، كما لو كان في دار الإسلام وتعذّر الأداء من جهته .

والثاني : لا يجوز له ذلك بنفسه حتى يرفع الأمر إلى الحاكم ؛ لينظر الحاكم هل له مال أم لا ؛ لأنَّ العبد إذا كان في دار الإسلام وعجز . . فقد عُرف العجز من جهته ، فكان للسيد أن يفسخ .

وإذا كان في دار الشرك . . لم يعلم العجز من جهته ، وإنما يُعلم من طريق الظاهر وقد يجوز أن يكون له مال في الباطن ، فلم يجوز له الفسخ قبل البحث عنه .

فإن قلنا : يجوز له الفسخ بنفسه ، ففسخ ، أو قلنا : لا يجوز له إلا عند الحاكم ، فبحث الحاكم عن ماله فلم يجد له مالا ، فأذن له ففسخ ، ثم تخلص العبد وأظهر له مالا . . حكم بطلان الفسخ ؛ لأننا إنما جوزنا له الفسخ ظناً منا أنه لا مال له ، فإذا بان أن له مالا . . لم يصح الفسخ .

#### فرع : [جنون المكاتب] :

وإن كاتب عبداً ثم جنَّ العبد . . لم تنسخ الكتابة بجنونه ؛ لأنها لازمة من أحد الطرفين ، فلم تنسخ بالجنون كالرهن ، وإنما يفسخ بالجنون ما كان جائزاً من أحد الطرفين ، كالوكالة والشركة وما أشبههما ، ولأنه عتق معلق بصفة ، فلم يبطل بالجنون ، كما لو قال : إن دخلت الدار فأنت حر .

إذا ثبت هذا : فإن حلَّ عليه النجم قبل الإفاقة . . كان للسيد أن يثبت عند الحاكم الكتابة بالبينة ، ويحلف مع بيئته أنه لم يقبض مال الكتابة ، فإذا أقام البينة وحلف معها ، بحث الحاكم عن مال المكاتب ، فإن وجد له مالا . . سلمه إلى المولى وعتق عليه .

وإن سلم المجنون المال إلى السيد . . عتق ؛ لأنه قبض ما يستحقه ، فبرئت به ذمته .

وإن لم يجد الحاكم للمكاتب مالا . . مكَّن المولى من فسخ الكتابة ، فإذا فسخ الكتابة . . عاد رقيقاً له ولزمه الإنفاق عليه ؛ لأنه عاد قنأ له .

فإن بان للمكاتب بعد ذلك مالٌ يفي بمال الكتابة . . بطل فسخ السيد ؛ لأنه بان أن

الباطن بخلاف ما حكم به ، فهو كما لو حكم الحاكم بالاجتهاد ثم بان أن النص بخلافه . ويجب عليه أن يرد على السيد ما أنفق عليه بعد الفسخ ؛ لأنه بان أنه لم يكن مستحقاً للنفقة عليه .

وإن أفاق المكاتب ثم أقام البيّنة أنه كان قد أدّى إلى السيد مال الكتابة . . بطل الفسخ ، ولا يرد على السيد ما أنفق عليه بعد الفسخ ؛ لأنه أنفق عليه مع علمه بحريّته ، فالظاهر أنه متطوّع به .

فرع : [كاتبه على دنانير فلا يكفي دراهم] :

قال في « الأم » : ( وإن كاتبه على دنانير فأعطاه دراهم ، أو كاتبه على دراهم فأعطاه دنانير . . لم يجبر على أخذها .

وإن كاتبه على دراهم فأعطاه دراهم خيراً منها . . لزمه قبولها إلا أن يكون الذي كاتبه عليه يُنفق في بلده ولا يُنفق فيه الذي أعطاه إيّاها ، فلا يلزمه قبولها وإن كانت خيراً مما سمى ) .

فرع : [قبول قول السيد في رفضه مال النجم بالبيّنة] :

وإن حمل المكاتب إلى السيد شيئاً من مال الكتابة فقال السيد : لا آخذه لأنه حرام ، أو غصبته ، أو سرقة من فلان وأنكر المكاتب ذلك ، فإن أقام السيد بيّنة بما قال . . سمعت البيّنة ، ولم يلزمه الأخذ ؛ لأنّ للسيد حقاً في ذلك في أن لا يقبض<sup>(١)</sup> دينه من الحرام ، فلذلك سمعت البيّنة منه .

قال المحاملي : فإن أقام شاهداً واحداً بأن المال حرام<sup>(٢)</sup> . . لم تقبل شهادته ؛ لأنّ التهمة تلحق السيد في أنه أراد<sup>(٣)</sup> تعجيزه ورده إلى ملكه .

(١) في ( م ) : ( يقتضي ) .

(٢) في حاشية نسخة : ( ليحلف معه ) .

(٣) في ( م ) : ( قصد ) .



وإن لم يكن مع السيد بينة . . فالقول قول المكاتب مع يمينه ؛ لأن الظاهر ممّا في يده أنّه ملكه ، ولأنّ السيد متّهم في ذلك ، فإن لم يحلف المكاتب . . حلف المولى ، ولم يلزمه قبضه .

وإن حلف المكاتب . . حكم بأنّ المال ملك للمكاتب ، فيقال للسيد : إمّا أن تقبضه أو تبرئه من قدره من مال الكتابة . فإن قبضه المولى . . برىء المكاتب من قدره ، فإن كان تمام الكتابة . . عتق .

فإن كان المولى قد أقرّ أنّه غصب أو سرق من رجل معيّن . . لزمه ردّه إليه ؛ لأنّه قد تقدّم منه الإقرار له بذلك ، فقبل : كما لو أقرّ رجل بخرّية عبد غيره ثمّ اشتراه .  
وإذا كان المولى لم يقرّ به لرجل معيّن ، بل قال : هو حرام أو مغصوب . . فاختلف أصحابنا فيه :

فقال ابن الصبّاغ : لا يمنع منه ، بل يمسكه لنفسه ؛ لأنّه لم يقرّ به لأحد .  
وقال المحاملي : لا يمسكه لنفسه ، وإنما يقال له : أمسكه حتّى تعلم مالكة فتدفعه إليه .

وإن اختار المولى أن يبرئه من قدره من مال الكتابة فأبرأه . . صحّ وأقرّ ذلك في يد المكاتب .

وإن امتنع المولى من قبضه أو الإبراء عن قدره . . رفع المكاتب ذلك الأمر إلى الحاكم ، فيحلفه الحاكم أنّه ملكه إن لم يكن قد حلفه المولى<sup>(١)</sup> ، ويقبضه الحاكم للمولى ويعتق المكاتب ، كما قلنا في المكاتب إذا عجل مال الكتابة .

فإن كان المولى قد أقرّ به لرجل معيّن . . فالذي يقتضي المذهب : أن الحاكم يسلمه إلى المقرّ له به وإن أدّعه ؛ لأنّ قبضه له كقبض المولى في براءة المكاتب منه ، فكان كقبضه في ذلك أيضاً .

(١) في هامش نسخة : ( القياس في هذا : أن اليمين تكون على النفي لأنه صاحب اليد ) .

مسألة : [ظهور عيب بالمال بعد الحكم بالعتق] :

وإن دفع المكاتب إلى المولى المال وحكم بعتقه ، ثم بان أن المال معيب . . نظرت :

فإن بان أن المال الذي دفعه من غير جنس مال الكتابة ، بأن كاتبه على دراهم فدفع إليه دراهم وبان أنها رصاص أو نحاس . . حكمنا بطلان القبض وأن العبد باقٍ على الكتابة . وإن بان أنها مضطربة السكة ، أو كان مال الكتابة عرضاً فبان أنه معيب . . ثبت للمولى الخيار : بين الإمساك والرد ، فإن اختار إمساكه . . استقر العتق ، ومتى وقع العتق ؟ فيه وجهان حكاهما الطبري في « العدة » :

أحدهما : حين القبض .

والثاني : حين الرضا بالعيب .

فإن قيل : إذا أعطاه معيباً . . فلم يُعطه جميع ما وقع عليه العقد ، فكان ينبغي أن لا يعتق ، كما لو كاتبه على عشرة فأعطاه تسعة ؟

قلنا : إذا أمسك المعيب . . فقد رضي بإسقاط حقه منه ، فجرى مجرى ما لو أبرأه مما بقي من مال الكتابة .

وإن اختار رده ، فردّه . . كان له ذلك ، وبطل<sup>(١)</sup> ما كنا حكمنا به من العتق .

وقال أحمد : ( لا يبطل العتق ) .

دليلنا : أن الكتابة عقد معاوضة يلحقه الفسخ ، فوجب أن يفسخ بوجود العيب ، كالبيع . وفيه احتراز من الخلع ؛ لأنه لا يلحقه الفسخ .

وإن وجد العيب وقد تلف العوض عنده ، أو حدث عنده عيب آخر . . ثبت له الأرش ؛ لأنه قد تعذر ردّ العوض الذي قبضه . فإن دفع المكاتب الأرش . . استقر العتق . وإن لم يدفعه<sup>(٢)</sup> . . ارتفع العتق ، وثبت للمولى الخيار في فسخ الكتابة .

(١) في ( م ) : ( سقط ) .

(٢) في حاشية نسخة : ( وهذا إنما يأتي على الوجه الثاني من المسألة الأولى : وهو أنه لا يعتق إلا =

وإذا أراد الرجوع بالأرشي وكان العوض ثوباً فوجد به عيباً ينقص عُشر قيمته وقد تلف الثوب عنده.. قال الطبري : اختلف أصحابنا في كيفية الرجوع بالأرشي :

فقال أبو حامد : يرجع بعُشر قيمة الثوب .

وقال القفال : هذا غلط ، بل يرجع بما يقابله من عوضه ، وعوضه رقبته وهي فائتة بالعتق ، فيرجع بعُشر قيمة الرقبة ، كما لو أطلع على عيب في المسلم فيه بعد فواته وكان ينقص عُشر قيمته.. فإنه يرجع بعُشر رأس مال السَّلم<sup>(١)</sup> .

فرع : [المكاتبة على خدمة مدة ومال] :

وإن كاتب عبده على خدمة شهر ودينار ، فمرض العبد في الشهر أو في بعضه.. فنص الشافعي في « الأم » : ( أن الكتابة تبطل ) . واختلف أصحابنا فيه :

فمنهم من قال : هي على طريقين ، كما لو اشترى عبيدين . فتلف أحدهما قبل القبض .

أحد الطريقين : أنها على قولين :

أحدهما : تبطل .

والثاني : لا تبطل .

والطريق الثاني : لا تبطل قولاً واحداً .

وقال القاضي أبو الطيب : تبطل الكتابة هاهنا قولاً واحداً على ما نص عليه ؛ لأن

عقد الكتابة لا يقع على بعض العبد ، فإذا أنسخ العقد في بعضه.. أنسخ في جميعه .

فرع : [كاتبه على عوض موصوف] :

وإن كاتب عبده على عوض موصوف ، فدفع المكاتب للسيد العوض بصفته وحكم

بعته ، ثم خرج العوض الذي دفعه إليه مستحقاً . حكمنا بطلان العتق وعاد مكاتباً ؛

لأن العتق وقع بالأداء ، وقد بان أنه لم يؤد .

= من حين الرضا . وأما على الوجه الذي يقول : إنه يعتق من حين العتق فإن العتق لا يرتفع .

(١) في هامش نسخة : ( ويجب أن يثبت للسيد الخيار ) .

فَإِنْ كَانَ السَّيِّدُ قَالَ لَهُ بَعْدَ الْأَدَاءِ : أَنْتَ حُرٌّ ، أَوْ هَذَا حُرٌّ . . . لَمْ يَلْزِمِ الْمَوْلَى حُرِّيَّتُهُ ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ الْمَوْلَى لَمْ يُرِدْ أَسْتِثْنَاءَ الْحُرِّيَّةِ ، وَإِنَّمَا أَرَادَ الْإِخْبَارَ عَنِ الْحُرِّيَّةِ بِذَلِكَ ، وَهِيَ الَّتِي وَقَعَتْ بِالْأَدَاءِ .

فَإِنْ أَدَّعَى الْمَكَاتِبُ أَنَّهُ أَرَادَ إِيقَاعَ الْحُرِّيَّةِ بِذَلِكَ وَأَنْكَرَ السَّيِّدُ . . . فَالْقَوْلُ قَوْلُ السَّيِّدِ مَعَ يَمِينِهِ ؛ لِأَنَّهُ أَعْلَمُ بِمَا أَرَادَ .

فَإِنْ قَالَ لَهُ السَّيِّدُ قَبْلَ الْأَدَاءِ أَوْ بَعْدَ أَنْ عَلِمَ أَسْتِحْقَاقَ الْعَوَضِ : أَنْتَ حُرٌّ . . . حُكْمٌ عَلَيْهِ بِالْحُرِّيَّةِ ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّهُ أَرَادَ إِيقَاعَ الْحُرِّيَّةِ بِهَذَا الْقَوْلِ .

فَإِنْ أَسْتَحَقَّ الْعَوَضَ بَعْدَ مَوْتِ الْمَكَاتِبِ . . . بَانَ أَنَّ الْمَكَاتِبَ مَاتَ رَقِيقًا ، فَيَكُونُ مَا فِي يَدِهِ لِسَيِّدِهِ .

فَرْعٌ : [بِيعَ النُّجُومُ مَفْسُوخٌ] :

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ : ( وَبِيعَ نَجُومُهُ مَفْسُوخٌ . فَإِنْ أَدَّى إِلَى الْمُشْتَرِي كِتَابَتَهُ بِإِذْنِ سَيِّدِهِ . . . عَتَقَ ، كَمَا يُؤَدِّي إِلَى وَكِيلِهِ فَيَعْتَقُ ) .

وَجَمَلَةُ ذَلِكَ : أَنَّ السَّيِّدَ إِذَا بَاعَ مَالَ الْكِتَابَةِ فِي ذِمَّةِ الْمَكَاتِبِ . . . فَهَلْ يَصَحُّ بَيْعُهُ ؟ فِيهِ طَرِيقَانِ مَضَى ذَكَرُهُمَا فِي الْبَيُوعِ .

فَإِذَا قُلْنَا : لَا يَصَحُّ الْبَيْعُ . . . فَلَيْسَ لِلْمُشْتَرِي أَنْ يَطَالِبَهُ بِالْأَدَاءِ ، وَلَا لِلْمَكَاتِبِ أَنْ يُؤَدِّيَ إِلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ ذَلِكَ الْمَالَ .

فَإِنْ خَالَفَ وَدَفَعَ الْمَالَ لِلْمُشْتَرِي . . . فَهَلْ يَعْتَقُ ؟

نَصَّ الشَّافِعِيُّ فِي مَوْضِعٍ : ( أَنَّهُ يَعْتَقُ ) ، وَنَصَّ فِي مَوْضِعٍ آخَرَ : ( أَنَّهُ لَا يَعْتَقُ ) وَاخْتَلَفَ أَصْحَابُنَا فِيهَا :

فَقَالَ أَبُو إِسْحَاقَ : لَيْسَتْ عَلَى قَوْلَيْنِ ، وَإِنَّمَا هِيَ عَلَى اخْتِلَافِ حَالَيْنِ :

فَحَيْثُ قَالَ : ( يَعْتَقُ ) أَرَادَ : إِذَا كَانَ السَّيِّدُ قَدْ أَذِنَ لِلْمُشْتَرِي بِقَبْضِ الْمَالِ بِصَرِيحِ الْإِذْنِ . . . أَلَا تَرَى أَنَّ الشَّافِعِيَّ رَحِمَهُ اللَّهُ قَالَ هَاهُنَا : ( فَإِنْ أَدَّى إِلَى الْمُشْتَرِي كِتَابَتَهُ بِإِذْنِ سَيِّدِهِ . . . عَتَقَ ؛ لِأَنَّهُ يَصِيرُ وَكِيلاً لَهُ فِي الْقَبْضِ ) ؟

وحيثُ قالَ : ( لا يعتقُ ) أرادَ : إذا لم يصرِّحْ له بالإذنِ ، وإنَّما قبضُهُ بمقتضى العقدِ ، والعقدُ فاسدٌ . ففسدَ مقتضاهُ .

قالَ المحامليُّ : وهذه طريقةٌ صالحةٌ .

وقالَ أبو العباسِ وغيرُهُ : هي على قولين ، وهو اختيارُ ابنِ الصَّبَّاحِ :

أحدهما : يعتقُ ؛ لأنَّ بيعَها منه يتضمَّنُ الإذنَ له في القبضِ ، فأشبهَ وكيلُهُ .

والثاني : لا يعتقُ ، وهو الأصحُّ ؛ لأنَّ المشتريَ قبضَ المالَ لنفسه لا للسَّيِّدِ ، وإنَّما قبضُهُ بمقتضى البيعِ ، والبيعُ <sup>(١)</sup> فاسدٌ ، فكانَ القبضُ فاسداً .

فإنَّ قلنا : إنَّه يعتقُ . . فقد برىء المكاتبُ مِنَ المالِ وليسَ للسَّيِّدِ مطالبةٌ بالمالِ ، وإنَّما يطالبُ السَّيِّدُ المشتريَ ؛ لأنَّه كالوكيلِ له ، وللمشتري أن يطالبَهُ بالثمنِ إنَّ كانَ قد دفعَهُ إليه .

فإنَّ قلنا : إنَّ المكاتبَ لا يعتقُ وهو باقٍ على الكتابةِ . . فللمولى أن يرجعَ على المكاتبِ بمالِ الكتابةِ ، وللمكاتبِ أن يرجعَ على المشتري بما قبضَ منه ، وللمشتري أن يرجعَ على المولى بما دفعَ إليه مِنَ الثمنِ .

**مسألةٌ :** [جناية المكاتب على طرف سيده] :

وإنَّ جنى المكاتبِ على طرفِ سيِّده ، فإنَّ كانتَ عمداً . . فله أن يقتصَّ منه ، كما يقتصُّ من عبده القِنَّ . فإذا أقتصَّ منه . . بقي مكاتباً كما كانَ ، وإنَّ عفا عنه على مالٍ أو كانتَ الجنايةُ خطأً . . وجبَ لَهُ عليه الأرشُ في ذمَّتِهِ ؛ لأنَّ السَّيِّدَ يثبتُ لَهُ المالُ في ذمَّةِ مكاتبِهِ بالبيعِ ، فكذلك في الجناية .

وإنَّ جنى على نفسه ، فإنَّ كانتَ عمداً . . جازَ للوارثِ أن يقتصَّ منه . . وإنَّ كانتَ خطأً أو عمداً وعفا عنه على مالٍ . . ثبتَ لَهُ المالُ عليه ، فإنَّ كانَ في يدِ المكاتبِ مالٌ

(١) في ( م ) : ( العقد ) .



يفي بمال الكتابة وبالأرش . . . كان له أن يفدي نفسه بدفع الأرش ممّا في يده ؛ لأنّ له صرف ماله في مصلحته ، وهذا من أعظم المصالح .

وبكم يفدي نفسه في الجناية على سيّده ؟ فيه قولان :

أحدهما : بأقلّ الأمرين من قيمته أو أرش الجناية .

والثاني : بأرّش الجناية بالغاً ما بلغت ، كالقولين في العبد القنّ إذا جنى على الأجنبي وأختار السيّد أن يفديه ؛ لأنّه يمكن تعجيزه وبيعه في الجناية ، كما يمكن بيع العبد القنّ .

فإذا قلنا : ليس له أن يفدي نفسه إلاّ بأقلّ الأمرين . . . دفع أقلّ الأمرين من الأرش أو قيمته ، وكان باقياً على كتابته .

فإن قلنا : له أن يفدي نفسه بأرّش الجناية بالغاً ما بلغ ، فإن كان الأرش أقلّ من قيمته . . . دفعه ولا كلام . وإن كان الأرش أكثر من قيمته . . . قال الشيخ أبو حامد : فدى نفسه بأرّش الجناية بالغاً ما بلغ .

وقال القاضي أبو الطيّب : إذا قلنا بهذا : فهل له أن يدفع ما زاد على قيمته إلى سيّده ؟ يُبنى على هبته لسيّده :

فإن قلنا : تصحّ . . . كان له ذلك .

وإن قلنا : لا تصحّ . . . لم يكن له ذلك .

قال ابن الصبّاغ : وقول القاضي يقتضي أنّ للسيّد أن يمتنع من قبول ذلك ؛ لأنّه لا يلزمه قبول الهبة منه . قال : وعندي أنّه يلزمه قبول ذلك ؛ لأنّه لا يمكنه أن يفدي نفسه إلاّ بذلك . فإذا أمكنه أن يؤدّي ذلك ويؤدّي ما عليه من مال الكتابة . . . لم يكن للسيّد أن يمتنع ؛ لأنّه يخلص نفسه وإن كان بأكثر من قيمته . فإن كان ما في يده لا يفي بمال الكتابة وأرّش الجناية . . . فللسيّد تعجيزه وردّه إلى الرقّ ؛ لأنّه إذا كان له تعجيزه عند عجزه عن أداء مال الكتابة ، فلاّن يكون له تعجيزه عند عجزه عن مال الكتابة وأرّش الجناية أولى . فإذا عجزه . . . عاد رقيقاً وسقط عنه مال الكتابة وأرّش الجناية ؛ لأنّ المولى لا يثبت له على عبده مال .

فَإِنْ أَعْتَقَهُ سَيِّدُهُ قَبْلَ التَّعْجِيزِ ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِي يَدِ الْمَكَاتِبِ مَالٌ . . سَقَطَ أَرَشُ الْجَنَايَةِ ؛ لِأَنَّ أَرَشَ الْجَنَايَةِ تَلَفَ بِأَخْتِيَارِ سَيِّدِهِ .

وَإِنْ كَانَ مَعَهُ مَالٌ . . فَفِيهِ رَجْهَانِ :

أَحَدُهُمَا : يَسْقُطُ الْأَرَشُ ؛ لِأَنَّ الْأَرَشَ مُتَعَلِّقٌ<sup>(١)</sup> بِالرَّقَبَةِ وَقَدْ أَتْلَفَهَا ، فَسَقَطَ الْأَرَشُ ، كَمَا لَوْ لَمْ يَكُنْ فِي يَدِهِ مَالٌ<sup>(٢)</sup> .

وَالثَّانِي : يَسْتَوْفِيهِ مِمَّا فِي يَدِهِ ؛ لِأَنَّ حَقَّهُ كَانَ مُتَعَلِّقًا بِرَقَبَتِهِ وَبِمَا فِي يَدِهِ ، فَإِذَا تَلَفَتِ الرَّقَبَةُ . . بَقِيَ مُتَعَلِّقًا بِالْمَالِ الَّذِي فِي يَدِهِ فَاسْتَوْفَى مِنْهُ .

وَيُخَالَفُ إِذَا لَمْ يَكُنْ فِي يَدِهِ شَيْءٌ ؛ لِأَنَّ مُحَلَّهُ فَاتٌ .

فَإِنْ قَطَعَ يَدَ سَيِّدِهِ خَطَأً أَوْ عَمْدًا وَعَفَا عَنْهُ عَلَى مَالٍ . . وَجَبَ لَهُ الْأَرَشُ عَلَيْهِ ، وَفِي قَدْرِ مَا يَفْدِي بِهِ نَفْسَهُ الْقَوْلَانِ .

وَهَلْ لِلسَّيِّدِ أَنْ يَسْتَوْفِيَهُ مِنْهُ قَبْلَ الْإِنْدِمَالِ ؟ فِيهِ قَوْلَانِ ، كَالْحَرِّ إِذَا قَطَعَ يَدَ الْحَرِّ ، وَيَأْتِي بَيَانُهُمَا فِي ( الْجَنَايَاتِ ) .

فَإِنْ قُلْنَا : لَهُ أَنْ يَسْتَوْفِيَ ذَلِكَ قَبْلَ الْإِنْدِمَالِ . . اسْتَوْفَاهُ . فَإِنْ بَقِيَ مَعَهُ مَا يُوَدِّي فِي الْكِتَابَةِ . . اسْتَوْفَى مِنْهُ مَالَ الْكِتَابَةِ . وَإِنْ لَمْ يَبْقَ مَعَهُ مَا يُوَدِّي فِي الْكِتَابَةِ . . كَانَ لِلسَّيِّدِ تَعْجِيزُهُ .

وَإِنْ قُلْنَا : لَيْسَ لَهُ أَنْ يَسْتَوْفِيَهُ قَبْلَ الْإِنْدِمَالِ ، فَإِنْ أُنْدِمَلَ قَبْلَ أَنْ يُوَدِّيَ مَالَ الْكِتَابَةِ . . فَالْحَكْمُ فِيهِ كَمَا لَوْ قُلْنَا : لَهُ اسْتِيفَاؤُهُ قَبْلَ الْإِنْدِمَالِ .

وَإِنْ أَدَّى مَالَ الْكِتَابَةِ ، وَعَتَقَ قَبْلَ الْإِنْدِمَالِ . . قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ : ( لَزَمَهُ أَرَشُ الطَّرْفِ ، وَهُوَ نِصْفُ الدِّيَةِ ) .

قَالَ ابْنُ الصَّبَّاحِ : وَيَجِيءُ فِيهِ قَوْلٌ آخَرُ : أَنَّهُ يَلْزَمُهُ أَقْلُ الْأَمْرَيْنِ مِنْ قِيَمَتِهِ أَوْ أَرَشِ

(١) فِي هَامِشِ نَسْخَةٍ : ( لَعَلَّ هَذَا التَّعْلِيقَ كَتَعْلِيقِ حَقِّ الْمَسَاكِينِ عَلَى قَوْلِنَا : إِنْ الزَّكَاةُ تَتَعَلَّقُ بِالذِّمَّةِ دُونَ الْمَالِ ، فَإِنَّ الْمَالَكُ إِذَا لَمْ يُوَدَّ مِنْ مَوْضِعٍ آخَرَ فَإِنَّ الْأَدَاءَ يَتَعَلَّقُ بِالْمُشْتَرِي إِذَا بَاعَ النَّصَابُ ، وَتَوَخَّذَ الزَّكَاةُ مِنَ النَّصَابِ ، وَكَذَلِكَ صِفَةُ التَّعْلُقِ بِالرَّقَبَةِ وَبِالْمَالِ عَلَى الْوَجْهِ الثَّانِي ) .

(٢) فِي ( م ) : ( شَيْءٌ ) .

الجنائية بالغاً ما بلغ ؛ لأنَّ ذلك قد لزمه قَبْلُ العتق ، فلا يسقط العتق بما تقدّم وجوبه .

وقال المسعودي [في « الإبانة »] : له أن يطالبه بجميع الأرش بالغاً ما بلغ قولاً واحداً ؛ لأنه وجب له في ذمته دون رقبته ، فأشبه مال الكتابة .

وإن أعتقه سيّده قَبْلَ الإندمال أو قَبْلَ الأداء ، فإن لم يكن معه مالٌ . . سقط عنه الأرش . وإن كان معه مالٌ . . ففيه وجهان مضى ذكرهما .

**مسألة :** [جناية المكاتب على أجنبي] :

وإن جنى المكاتب على أجنبي ، فإن كانت جنائية توجب القصاص . . فله أن يقتصر منه . وإن كانت توجب المال أو كانت عمداً فعفا عنه على مالٍ . . ثبت له المال في رقبته ، فإن كان في يده مالٌ . . فله أن يفدي نفسه ؛ لأنَّ ذلك من مصلحته . وبكم يفدي نفسه ؟ اختلف أصحابنا فيه :

فمنهم من قال : ليس له أن يفدي نفسه من الأجنبي إلا بأقلّ الأمرين من قيمته أو أرش الجنائية قولاً واحداً ؛ لأنه إن كان الأرش أقلّ . . لم يستحق المجني عليه أكثر منه . وإن كان الأرش أكثر من قيمته . . فما زاد عليها يجري مجرى الهبة ، والمكاتب لا يملك الهبة من الأجنبي بغير إذن سيّده .

ويخالف سيّده حيث قلنا : يفدي نفسه منه بأرش الجنائية بالغاً ما بلغ في أحد القولين ؛ لأنه يملك الهبة منه .

وقال ابن الصبّاح : فيما يفدي به نفسه من الأجنبي قولان :

أحدهما : بأقلّ الأمرين .

والثاني : بأرش الجنائية بالغاً ما بلغ .

فإذا قلنا : يفدي نفسه بأقلّ الأمرين . . كان له ذلك بغير إذن السيّد .

وإن قلنا : يفدي به بأرش الجنائية بالغاً ما بلغ ، فإن كان الأرش أقلّ من قيمته . .

كان له ذلك بغير إذن سيّده ، وإن كان الأرش أكثر من قيمته . . لم يكن له ذلك بغير إذن

السَّيِّدُ ؛ لِأَنَّهُ بَاعَ نَفْسَهُ بِأَكْثَرِ مِنْ قِيَمَتِهَا ، فَإِذَا أَدِنَ لَهُ سَيِّدُهُ فِي ذَلِكَ . . . فَهُوَ كَمَا لَوْ وَهَبَ لِأَجْنَبِيٍّ مَالًا بِإِذْنِ سَيِّدِهِ عَلَى مَا مَضَى .

فَإِنْ فَدَى نَفْسَهُ . . . بَقِيَ عَلَى الْكِتَابَةِ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مَعَهُ مَالٌ يَفْدِي بِهِ نَفْسَهُ ، أَوْ كَانَ مَعَهُ مَالٌ وَأَمْتَنَعَ مِنْ فِدْيَةِ نَفْسِهِ . . . كَانَ لِلْأَجْنَبِيِّ الْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ أَنْ يَرْفَعَهُ إِلَى الْحَاكِمِ لِيُعْجِزَهُ وَيَرُدَّهُ إِلَى الرِّقِّ ، وَيَبَاعَ فِي أَرْضِ جَنَابَتِهِ .

وَإِنْ اخْتَارَ السَّيِّدُ أَنْ يَفْدِيَهُ مِنْ مَالِهِ لِيَبْقَى عَلَى الْكِتَابَةِ . . . جَازَ ، وَفِيمَا يَلْزُمُهُ أَنْ يَفْدِيَهُ بِهِ قَوْلَانِ :

أَحَدُهُمَا : بِأَقْلُ الْأَمْرَيْنِ .

وَالثَّانِي : بِأَرْضِ الْجَنَابَةِ بِالْغَا مَا بَلَغَ .

قَالَ الطَّبْرِيُّ : فَإِنْ قَالَ السَّيِّدُ : ضَمَنْتُ فِدَاءَهُ . . . ففِيمَا يَلْزُمُهُ قَوْلَانِ :

أَحَدُهُمَا : أَقْلُ الْأَمْرَيْنِ .

وَالثَّانِي : يَلْزُمُهُ أَرْضُ الْجَنَابَةِ بِالْغَا مَا بَلَغَ .

وَإِنْ قَالَ : ضَمَنْتُ أَرْضَ الْجَنَابَةِ . . . لَزِمَهُ أَرْضُ الْجَنَابَةِ بِالْغَا مَا بَلَغَ قَوْلًا وَاحِدًا .

وَإِنْ اخْتَارَ السَّيِّدُ الْفِدَاءَ ، ثُمَّ رَجَعَ . . . نُظِرَ فِيهِ :

فَإِنْ كَانَ الْعَبْدُ بَاقِيًا . . . فَلَهُ الرِّجُوعُ ، وَيَبَاعُ فِي الْجَنَابَةِ . وَإِنْ مَاتَ الْعَبْدُ بَعْدَ اخْتِيَارِ الْفِدَاءِ . . . لَمْ يَصَحَّ رَجُوعُ السَّيِّدِ . وَإِنْ أَعْتَقَهُ السَّيِّدُ قَبْلَ الْأَدَاءِ . . . لَزِمَهُ أَنْ يَفْدِيَ الْعَبْدَ ؛ لِأَنَّهُ أَتْلَفَ رَقَّهُ بِالْإِعْتَاقِ ، فَلَزِمَهُ ضَمَانُهُ ، كَمَا لَوْ قَتَلَهُ . وَلَكِنْ لَا يَلْزُمُهُ إِلَّا أَقْلُ الْأَمْرَيْنِ مِنْ أَرْضِ الْجَنَابَةِ أَوْ قِيَمَتِهِ قَوْلًا وَاحِدًا ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُهُ بَيْعُهُ .

وَمِنْ أَصْحَابِنَا مَنْ قَالَ : فِيهِ قَوْلَانِ :

أَحَدُهُمَا : يَلْزُمُهُ أَقْلُ الْأَمْرَيْنِ .

وَالثَّانِي : يَلْزُمُهُ الْأَرْضُ بِالْغَا مَا بَلَغَ . وَلَيْسَ بِشَيْءٍ .

وَإِنْ أَدَّى إِلَى السَّيِّدِ مَالَ الْكِتَابَةِ قَبْلَ الْأَرْضِ . . . عَتَقَ الْعَبْدُ بِالْأَدَاءِ وَلَا شَيْءَ عَلَى الْمَوْلَى ؛ لِأَنَّهُ مُجْبُورٌ عَلَى الْقَبْضِ ، وَعَلَى الْمَكَاتِبِ بَعْدَ الْإِعْتَاقِ ضَمَانُ أَرْضِ الْجَنَابَةِ

غير أنه لا يلزمه إلا أقل الأمرين من أرش الجناية أو قيمته قولاً واحداً ؛ لأن محل أرش الجناية على الأجنبي رقبته لا ذمته ، فلم يستحق المجني عليه أكثر من هذا ، بخلاف جنايته على سيده ، فإنه إذا عتق لزمه الأرش بالغاً ما بلغ في أحد القولين ؛ لأن محل أرشه ذمته لا رقبته .

إذا ثبت هذا : فإن جنى المكاتب جنایات كثيرة فأدّى مال الكتابة قبل أروش الجنایات . . عتق بالأداء ، ولزمه أن يفدي نفسه من المجني عليهم . وفي قدر ما يلزمه لهم قولان :

أحدهما : يلزمه أقل الأمرين من قيمته أو أرش جنايته على كل واحد منهم ؛ لأن كل واحدة من الجنایات اقتضت أن يفديها بأقل الأمرين من قيمته أو أرشها ، وقد منع نفسه منها بأدائه وعتقه ، فضمن ذلك ، كما لو أنفردت .

فعلى هذا : قد يلزمه عشرون قيمة<sup>(١)</sup> ، بأن يجني على عشرين نفساً .

والقول الثاني : لا يلزمه إلا أقل<sup>(٢)</sup> الأمرين من قيمته أو جميع الأروش ، وهو اختيار المزنّي . وهو الأصح ؛ لأن أروش الجنایات كلها تعلقت برقبته ، وقد أتلّفها بالعتق في الأداء ، فلم يلزمه أكثر من قدر قيمته ، كما لو منع مانع من بيعه بقتله .

فعلى هذا : لا يلزمه إلا قيمة واحدة ، فإن كانت الأروش أكثر منها . . تحاصوا فيها على قدر حقوقهم .

وإن جنى جنایات كثيرة فبادر سيده وأعتقه قبل الأداء . . عتق ، ولزم السيد أن يفديه ؛ لأنه أتلّف محل الأرش . وفي قدر ما يلزمه القولان في المكاتب إذا عتق بالأداء :

أحدهما : أقل الأمرين من قيمته أو أرش جنايته على كل واحد منهم .

والثاني : أقل الأمرين من قيمته أو أرش الجنایات كلها .

(١) أي قيمة جنایات ، أو قدر قيمته التي كانت فداء .

(٢) في نسخة : ( لا يلزمه أقل ) .



وإن عَجَزَهُ أَصْحَابُ الْجَنَايَاتِ أَوْ عَجَزَهُ السَّيِّدُ بِمَالِ الْكِتَابَةِ وَفَسَخَ الْكِتَابَةُ . . عَادَ قِتًا ، وَوَجِبَ تَسْلِيمُهُ لِلْبَيْعِ . فَإِنْ أَرَادَ السَّيِّدُ أَنْ يَفْدِيَهُ . . ففِيهِ قَوْلَانِ :  
أَحَدُهُمَا : يَفْدِيهِ بِأَقْلَى الْأَمْرَيْنِ مِنْ قِيَمَتِهِ أَوْ أُرُوشِ الْجَنَايَاتِ كُلِّهَا .  
وَالثَّانِي : بِأُرُوشِ الْجَنَايَاتِ بِالْغَةِ مَا بَلَغَتْ .

وإن جنى المكاتب جنایاتٍ ، وَأَقَامَ عَلَى الْكِتَابَةِ ، وَلَمْ يَعْجِزْ نَفْسَهُ ، وَأَرَادَ أَنْ يَفْدِيَ نَفْسَهُ . . قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ : ( يَفْدِي نَفْسَهُ بِالْأَقْلَى مِنْ قِيَمَتِهِ أَوْ أُرُوشِ كُلِّ جَنَايَةٍ ) .

فَقَالَ أَبُو إِسْحَاقَ : الْأَشْبَهُ عِنْدِي أَنْ تَكُونَ هَذِهِ عَلَى قَوْلَيْنِ :

أَحَدُهُمَا : يَفْدِي بِالْأَقْلَى مِنْ أُرُوشِ كُلِّ جَنَايَةٍ أَوْ الْقِيَمَةِ .

وَالثَّانِي : أَنَّهُ يَفْدِي بِالْأَقْلَى مِنْ أُرُوشِ الْجَنَايَاتِ كُلِّهَا أَوْ الْقِيَمَةِ ، كَمَا لَوْ أَدَّى وَعَتَقَ ؛ لِأَنَّهُ مَنَعَ نَفْسَهُ مِنَ الْبَيْعِ بَعْدَ الْعَجْزِ كَمَا مَنَعَ مِنْهُ بِالْعَتَقِ بِالْأَدَاءِ . وَنَصَّ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ عَلَى أَحَدِ الْقَوْلَيْنِ .

وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ : يَفْدِي نَفْسَهُ بِالْأَقْلَى مِنْ أُرُوشِ كُلِّ جَنَايَةٍ أَوْ قِيَمَتِهِ قَوْلًا وَاحِدًا .

وَالْفَرْقُ بَيْنَهُمَا : أَنَّهُ إِذَا أَدَّى وَعَتَقَ . . فَهُوَ مَتْلِفٌ لِرَقْبَتِهِ ، فَلَا يَضْمَنُ إِلَّا قِيَمَتَهَا . وَإِذَا كَانَ مَكَاتِبًا . . فَالرَّقْبَةُ قَائِمَةٌ يُمْكِنُ تَسْلِيمُهَا لِلْبَيْعِ ، فَإِذَا مَنَعَ مِنْ ذَلِكَ . . ضَمِنَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ أَقْلَى الْأَمْرَيْنِ مِنْ قِيَمَتِهِ أَوْ أُرُوشِ جَنَايَتِهِ .

قَالَ ابْنُ الصَّبَّاحِ : وَهَذَا الْفَرْقُ يَبْطُلُ بِهِ إِذَا عَجَزَ وَفُسِخَتِ الْكِتَابَةُ وَأَخْتَارَ السَّيِّدُ الْفِدَاءَ ، فَإِنَّهُ مَانِعٌ مِنْ بَيْعِهِ مَعَ بَقَاءِ الرَّقْبَةِ وَلَا يَضْمَنُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ إِلَّا أَقْلَى الْأَمْرَيْنِ .

فَرْعٌ : [إِقْرَارُ الْمَكَاتِبِ بِجَنَايَةٍ] :

وإن أقرَّ المكاتبُ بجنايةٍ موجبةٍ لِلْقِصَاصِ . . قُبِلَ إِقْرَارُهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُتَّهَمُ فِي ذَلِكَ .

وإن أقرَّ بجنايةٍ موجبةٍ لِلْمَالِ . . ففِيهِ قَوْلَانِ ، وَمِنْهُمْ مَنْ يَحْكِيهِمَا وَجْهَيْنِ :

أحدهما : يُقْبَلُ ، وهو الأصح<sup>(١)</sup> ؛ لأنه لا يُتَّهَمُ ، ولأنَّه إقرارٌ بمالٍ فُقِبِلَ إقرارُهُ ، كما لو أقرَّ بدينٍ معاملةٍ .

والثاني : لا يُقْبَلُ ؛ لأنه مملوكٌ فلا يُقْبَلُ إقرارُهُ بجنايةٍ موجبةٍ للمالِ ، كالعبدِ القِنَّ .

فإذا قلنا : يقْبَلُ ، فأقرَّ بجنايةٍ أرشها ألفٌ ، ثمَّ عجزَ ورقٌ ، فأدَّعى السيّدُ أَنَّ الأرشَ خمسُ مئةٍ . . فهل يُقْبَلُ مِنَ السيّدِ ؟ فيه قولان حكاهما الطبريُّ في « العُدَّة » :

أحدهما : لا يُقْبَلُ ؛ لأنَّا قبلنا إقرارَ المكاتبِ بالألفِ .

والثاني : يُقْبَلُ ؛ لأنه قد عادَ قنّاً .

فرعٌ : [جناية عبد المكاتب] :

إذا كانَ للمكاتبِ عبدٌ يملكُ بيعَهُ فجنى على مولى المكاتبِ أو على أجنبيٍّ ، فإن كانتِ الجنايةُ عمداً . . فللمجنيِّ عليه أنْ يقتصرَ منه . وإن كانتِ خطأً ، أو عمداً وعُفِيَ عنه على مالٍ . . تعلّقَ الأرشُ برقبةِ العبدِ الجاني ، وللمكاتبِ أنْ يفديه ؛ لأنَّ ذلكَ مِنْ مصلحةٍ ماله . فإن اختارَ أنْ يفديه . . ففيه قولان :

أحدهما : يفديه بأقلِّ الأمرينِ مِنْ قيمةِ الجاني أو أرشِ جنايته .

والثاني : يفديه بأرشِ الجنايةِ بالغاً ما بلغَ ، أو يسلمُهُ للبيعِ .

فإن قلنا : يفديه بأقلِّ الأمرينِ . . كانَ له ذلكَ بغيرِ إذنِ السيّدِ .

وإن قلنا : يفديه بأرشِ الجنايةِ بالغاً ما بلغَ ، فإن كانَ الأرشُ بقَدْرِ القيمةِ أو أقلَّ<sup>(٢)</sup> . . كانَ له ذلكَ بغيرِ إذنِ سيّده . وإن كانَ الأرشُ أكثرَ مِنْ قيمتهِ . . لم يكنْ له ذلكَ بغيرِ إذنِ سيّده ، فإن أذنَ له سيّدهُ في ذلكَ . . فهو كما لو أذنَ له في الهبةِ لغيره .

إذا ثبتَ هذا : فإنَّ قيمةَ العبدِ الجاني تُعتبرُ يومَ جنايته ، نصَّ عليه الشافعيُّ .

(١) في نسختين : ( الصحيح ) .

(٢) في نسخة : ( كانت قيمته أكثر من الأرش ) .

وقال القفال : بل يجب أن تُعتبر قيمته يوم الفداء ؛ لأنَّ استدامة ملكه إنما تقع في هذا اليوم ، والنصُّ محمولٌ عليه إذا تقدَّم من السيِّد منعٌ من البيع .

فإن كان للمكاتب عبدٌ لا يملكُ بيعه - كوالده أو ولده - فجنى جنايةً توجبُ المال . . لم يكن له أن يفديه بشيءٍ من ماله من غير إذن سيِّده ؛ لأنَّه لا يملكُ بيعه فلم يكن له أن يخرجَ مالا يملكُ التصرفَ فيه بمالٍ لا يملكُ التصرفَ فيه . فإن كان لهذا العبدِ كسبٌ . . دفعَ الأرضَ من كسبه . وإن لم يكن له كسبٌ . . فالمنصوصُ : ( أنه يباعُ في الأرض ) . فإن استغرقَ الأرضُ قيمتهُ . . بيعَ جميعه . وإن لم يستغرقِ الأرضُ قيمتهُ . . بيعَ منه بقدرِ الأرضِ ، وبقي الباقي على ملكِ المكاتبِ . وإن لم يُمكن<sup>(١)</sup> أن يباعَ منه بقدرِ الأرضِ إلا ببيعِ جميعه . . بيعَ جميعه ، ويُصرفُ قدرُ الأرضِ إلى المجنيِّ عليه ، وما بقي من ثمنه يكونُ للمكاتبِ .

وحكى الطبريُّ في « العُدَّة » : أنَّ من أصحابنا من قال : لا يتعلَّقُ الأرضُ برقبتِه ، ولا يباعُ في الأرضِ ؛ لأنَّ الشرعَ منعٌ من بيعِ الوالدينِ والمولودين .

**مسألة :** [اجتماع حقوق على المكاتب] :

إذا اجتمعَ على المكاتبِ دينُ الكتابةِ ، وأرضُ الجنايةِ ، ودينُ المعاملةِ ، وعوضُ القرضِ ، فإن كان في يده مالٌ يفي بها . . فليسَ للحاكم أن يحجُرَ عليه ؛ لأنَّ ماله يفي بدينه .

فإن كانتِ الديونُ كلُّها حالةً . . فللمكاتبِ أن يقضيَ من شاءَ منهم أولاً ، كالحُرِّ . وإن كان بعضها حالاً وبعضها مؤجَّلاً ، فإن قضى الحالَّ منها . . صحَّ ، وإن أراد أن يُعجِّلَ المؤجَّلَ ، فإن كان المؤجَّلُ لغيرِ السيِّد . . لم يصحَّ قضاؤه قبلَ حلوله بغيرِ إذنِ سيِّده ؛ لأنَّ ذلك تبرُّعٌ ، فإن أذنَ له سيِّده في تعجيله . . فهو كما لو وهبَ بإذنه . وإن كان المؤجَّلُ لسيِّده وأرادَ تعجيله له . . فهو كما لو وهبَ لسيِّده مالا ، على ما مضى .

فإذا قضى دينَ المعاملةِ وعوضَ القرضِ . . بقيَ مالُ الكتابةِ وأرضُ الجنايةِ ، وإن قضى دينَ الكتابةِ أولاً . . عتقَ بالأداء ، وبقيَ دينُ المعاملةِ وأرضُ الجنايةِ في ذمته .

(١) في ( م ) : ( يكن له ) .

فَإِنْ قِيلَ : هَلَّا قُلْتُمْ : إِنَّهُ لَا يَعْتَقُ بِالْأَدَاءِ قَبْلَ أَنْ يُوَدِّيَ أَرَشَ الْجَنَايَةِ ، كَمَا قُلْتُمْ فِي عَتَقِ الْجَانِي فِي أَحَدِ الْقَوْلَيْنِ ؟

قُلْنَا : فَالْجَوَابُ : أَنَّ الْعَتَقَ هَاهُنَا وَقَعَ بِالصِّفَةِ السَّابِقَةِ لِلْجَنَايَةِ ، فَلَمْ تَكُنِ الْجَنَايَةُ مَانِعَةً مِنْهُ ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ قَالَ لِعَبْدِهِ : إِذَا دَخَلْتَ الدَّارَ فَأَنْتَ حُرٌّ ، ثُمَّ جَنَى ، ثُمَّ دَخَلَ الدَّارَ . . فَإِنَّهُ يَعْتَقُ بِالصِّفَةِ السَّابِقَةِ وَلَا يَمْنَعُ مِنْهُ أَرَشُ الْجَنَايَةِ الْمُتَعَلِّقُ بِرَقَبَتِهِ ؟ فَكَذَلِكَ هَذَا مِثْلُهُ .

وَإِنْ كَانَ مَالُهُ<sup>(١)</sup> لَا يَفِي بِدُيُونِهِ ، وَسَأَلَ غَرْمَاؤُهُ الْحَاكِمَ الْحَجَرَ عَلَيْهِ . . نَظَرَتْ : فَإِنْ سَأَلَهُ الْمَوْلَى أَنْ يَحْجُرَ عَلَيْهِ لِأَجْلِ مَالِ الْكِتَابَةِ . . لَمْ يَحْجُرْ عَلَيْهِ بِسُؤَالِهِ ؛ لِأَنَّ دَيْنَهُ غَيْرُ مُسْتَقَرٍّ ؛ لِأَنَّ لِلْعَبْدِ أَنْ يُسْقِطَهُ بِالْعَجْزِ .

وَإِنْ سَأَلَهُ مَنْ لَهُ دَيْنٌ مُعَامَلَةٌ أَوْ عِوَضُ قَرْضٍ أَوْ أَرَشُ جَنَايَةٍ أَنْ يَحْجُرَ عَلَيْهِ لِأَجْلِ دُيُونِهِمْ . . حَجَرَ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِأَوَّلَى مِنَ الْحُرِّ ، فَإِذَا جَازَ الْحَجْرُ عَلَى الْحُرِّ لَمَّا عَلَيْهِ مِنَ الدَّيْنِ . . فَالْمَكَاتِبُ أَوَّلَى .

فَإِذَا حَجَرَ عَلَيْهِ وَكَانَتْ دُيُونُهُمْ كُلُّهَا حَالَةً أَوْ بَعْضُهَا مَوْجَلًا ، وَقُلْنَا يَحُلُّ الْمُوَجَّلُ بِالْحَجْرِ . . فَتَقْلَ الْمُزْنِيُّ : ( أَنَّ الْحَاكِمَ إِذَا أَوْقَفَ مَالَهُ . . أَدَّى إِلَى سَيِّدِهِ وَإِلَى النَّاسِ دُيُونَهُمْ شَرَعًا ) . . يَرِيدُ : سِوَاءَ .

وَأَخْتَلَفَ أَصْحَابُنَا فِي ذَلِكَ : فَحَمَلَ أَبُو إِسْحَاقَ الْمُرُوزِيُّ كَلَامَ الشَّافِعِيِّ عَلَى ظَاهِرِهِ وَقَالَ : يُسَاوِي بَيْنَ السَّيِّدِ وَبَيْنَ سَائِرِ الْغُرَمَاءِ وَيُقَسِّطُ مَالَهُ بَيْنَهُمْ عَلَى قَدْرِ دُيُونِهِمْ ؛ لِأَنَّ الْحُرَّ إِذَا حُجِرَ عَلَيْهِ . . قُسِّمَ مَالُهُ بَيْنَ غَرْمَائِهِ عَلَى قَدْرِ دُيُونِهِمْ ، فَكَذَلِكَ الْمَكَاتِبُ .

وَقَالَ سَائِرُ أَصْحَابِنَا : لَا يُسَاوِي بَيْنَهُمْ ، وَهُوَ الصَّحِيحُ ، بَلْ يُقَدَّمُ دَيْنُ الْمُعَامَلَةِ وَبَدَلُ الْقَرْضِ عَلَى أَرَشِ الْجَنَايَةِ وَمَالِ الْكِتَابَةِ ؛ لِأَنَّ دَيْنَهُمَا يَخْتَصُّ بِمَا فِي يَدِهِ ، وَالْمَجْنِيُّ عَلَيْهِ وَالسَّيِّدُ يَرْجِعَانِ إِلَى الرِّقَبَةِ . فَإِنْ لَمْ يَفِ مَالُهُ بِدَيْنِ الْمُعَامَلَةِ وَبَدَلِ الْقَرْضِ . . قُسِّمَ بَيْنَهُمَا عَلَى قَدَرِهِمَا ، وَإِنْ بَقِيَ مِنْ مَالِهِ<sup>(٢)</sup> شَيْءٌ بَعْدَهُمَا . . قُدِّمَ أَرَشُ الْجَنَايَةِ عَلَى مَالِ

(١) فِي ( م ) : ( مَلِكُهُ ) ، وَفِي نَسْخَةٍ : ( لَهُ مَالٌ يَفِي ) .

(٢) فِي ( م ) : ( مَالَهُمَا ) : أَيِ الْمُسْتَحْقِّينِ .



الكتابة ؛ لأنه مستقرٌ ودينُ الكتابة غيرُ مستقرٌ . وتأولوا كلامَ الشافعي تأويلين :  
أحدهما : أنه أراد : إذا كان ماله يفي بدينه ، وإنما حَجَرَ عليه الحاكم ؛ لأنه خاف  
إفلاسه ، فيُسَوِّي بينهم حينئذٍ في القسمة .

والثاني : أنه أراد : إذا وصَّى غرماؤه بأن يُسَوِّي بينهم في القسمة ، فإن مات  
المكاتبُ قبلَ قسمة ماله . . سقطَ عنه مالُ الكتابة ؛ لأنها أُنْفِست بموته ، وسقطَ أرشُ  
الجنابة ؛ لأنه تعلَّقَ برقبته وقد فاتت ، ولأنَّه تعلَّقَ بماله بحكمِ الكتابة وقد أُنْفِست  
الكتابة ، فلم يبقَ لها محلٌّ ، ويبقى دينُ المعاملة وبدلُ القرضِ فيتقاضيان ما<sup>(١)</sup> كان في  
يده ، فإن وفَّى ماله بهما . . فلا كلامَ ، وإن لم يَفِ ماله بهما . . قُسطَ ماله بينهما على  
قَدْرهما ، وإن بقيَ من ماله شيءٌ بعدهما . . كانَ لسيِّده بحكمِ الملك لا بحكمِ الكتابة .  
هذا نقلُ أصحابنا البغداديين .

وقال المسعودي [في « الإبانة »] : فيه وجهان :

أحدهما : يقدِّمُ دينُ المعاملة والقرضُ على أرشِ الجنابة بعدَ موته ؛ لما ذكرناه .

والثاني : يُسَوِّي بينَ الجميع ؛ لأنه لا محلٌّ للجنابة بعدَ موته إلا بماله .

وأما إذا لم يكن في يدِ المكاتبِ مالٌ ، فإن اختارَ أصحابُ الديونِ إنظارَهُ إلى أنْ  
يكتسبَ . . جازَ ، وإن لم يختاروا إنظارَهُ وأرادوا<sup>(٢)</sup> تعجيزَهُ . . نظرت :

فإن طلبَ مَنْ له دينُ المعاملة وبدلُ القرضِ تعجيزَهُ وردَّه إلى الرقِّ . . لم يكن لهما  
ذلك ؛ لأنه لا فائدة لهما في ذلك ؛ لأنَّ حقَّهما متعلِّقٌ بما في يده لا في رقبته<sup>(٣)</sup> ، بل  
الحظُّ لهما في تركه على الكتابة ؛ لجوازِ أنْ يكتسبَ مالا ، فيقضيَ دينُهما منه .

وإن أرادَ المولى تعجيزَهُ وردَّه إلى الرقِّ لما عليه له مِنْ مالِ الكتابة . . كانَ له ذلك ،  
فإن عَجَزَهُ . . أُنْفِست الكتابة وسقطَ دينُ المعاملة وبدلُ القرضِ ، وتعلَّقَ برقبته أرشُ

(١) في نسختين : ( فيقضيان مما ) .

(٢) في ( م ) : ( اختاروا ) .

(٣) في نسخة : ( ذمته ) .



الجنابة . فَإِنْ أَخْتَارَ السَّيِّدُ تَسْلِيمَهُ لِلْبَيْعِ . . بَيْعَ فِي الْجَنَابَةِ ، وَإِنْ أَخْتَارَ أَنْ يَفْدِيَهُ . . كَانَ لَهُ ذَلِكَ . وَبِكُمْ يَفْدِيهِ ؟ عَلَى قَوْلَيْنِ :

أَحَدُهُمَا : بِأَقْلِّ الْأَمْرَيْنِ مِنْ قِيَمَتِهِ أَوْ أَرْضِ الْجَنَابَةِ .

وَالثَّانِي : بِأَرْضِ الْجَنَابَةِ بِالْغَا مَا بَلَغَ .

وَإِنْ أَرَادَ الْمُجَنِّيُّ عَلَيْهِ تَعْجِيزَهُ . . كَانَ لَهُ ذَلِكَ ، وَلَكِنْ لَيْسَ لَهُ أَنْ يَفْسَخَ الْكِتَابَةَ بِنَفْسِهِ ، بَلْ يَرْفَعُ الْأَمْرَ إِلَى الْحَاكِمِ لِيَفْسَخَ الْكِتَابَةَ وَيَبِيعَهُ بِأَرْضِ الْجَنَابَةِ ، إِلَّا أَنْ يَخْتَارَ السَّيِّدُ أَنْ يُبْقِيَهُ عَلَى الْكِتَابَةِ وَيَفْدِيَهُ ، فَلَهُ ذَلِكَ . وَبِكُمْ يَفْدِيهِ ؟ عَلَى الْقَوْلَيْنِ .

قَالَ الشَّيْخُ أَبُو إِسْحَاقَ رَحِمَهُ اللَّهُ : إِذَا عَجَّزَهُ الْمُجَنِّيُّ عَلَيْهِ ، فَإِنْ كَانَ الْأَرْضُ يَحِيطُ بِالثَّمَنِ . . بَيْعَ جَمِيعُهُ وَقُضِيَ حَقُّ الْمُجَنِّيِّ عَلَيْهِ ، وَإِنْ كَانَ الْأَرْضُ دُونَ الثَّمَنِ . . بَيْعَ مِنْهُ بِقَدْرِ مَا يَقْضِي بِهِ الْأَرْضُ ، وَبَقِيَ الْبَاقِي عَلَى الْكِتَابَةِ ، فَإِذَا أَدَّى كِتَابَةَ بَاقِيهِ . . عَتَقَ . وَهَلْ يَقُومُ الْبَاقِي عَلَى الْمَوْلَى إِنْ كَانَ مُوسِرًا ؟ فِيهِ وَجْهَانِ :

أَحَدُهُمَا : لَا يَقُومُ ؛ لِأَنَّهُ وَجَدَ سَبَبَ الْعَتَقِ قَبْلَ التَّبْعِيضِ .

وَالثَّانِي : يَقُومُ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ اخْتِيَارَهُ لِلإِنْظَارِ كَأَبْتَدَاءِ الْعَتَقِ .

مَسْأَلَةٌ : [الجنابة على المكاتب] :

وَإِذَا جُنِيَ عَلَى الْمَكَاتِبِ ، فَإِنْ كَانَتْ عَلَى نَفْسِهِ . . أَنْفَسَخَتْ الْكِتَابَةُ .

فَإِنْ كَانَ الَّذِي جُنِيَ عَلَيْهِ أَجْنَبِيًّا . . وَجِبَتْ عَلَيْهِ قِيَمَتُهُ لِسَيِّدِهِ ، وَإِنْ كَانَ الَّذِي جُنِيَ عَلَيْهِ سَيِّدُهُ . . لَمْ يَجِبْ عَلَيْهِ شَيْءٌ وَكَانَ لَهُ أَخْذُ كَسْبِهِ .

فَإِنْ قِيلَ : أَلَيْسَ الْقَاتِلُ لَا يَسْتَحِقُّ تَرْكَةَ الْمَقْتُولِ ؟

قُلْنَا : إِنَّمَا لَا يَسْتَحِقُّهُ بِالْإِرْثِ ، وَهَذَا لَيْسَ بِإِرْثٍ ، وَإِنَّمَا هُوَ لِحَقِّ الْمَلِكِ .

وَإِنْ كَانَتْ الْجَنَابَةُ عَلَى طَرَفِهِ ، فَإِنْ كَانَتْ الْجَنَابَةُ عَمْدًا ، وَكَانَ الْجَانِي مَمَّنْ يَسْتَحِقُّ عَلَيْهِ الْمَكَاتِبُ الْقِصَاصَ . . فَلَهُ أَنْ يَسْتَوْفِيَ الْقِصَاصَ .

وَحَكَى الرَّبِيعُ قَوْلًا آخَرَ : أَنَّ لِّلْسَيِّدِ مَنَعَهُ مِنَ الْقِصَاصِ .

قال أصحابنا : وهذا لا يُعرفُ للشافعي ، بل هو من تخريجِ الربيع ؛ لأنَّ القصاصَ  
للتشفي ودرك الغيظ ، والمكاتبُ كغيره في ذلك .

وإن كانت الجناية خطأ أو عمداً على مَنْ لا يستحقُّ عليه المكاتبُ القصاصَ ، أو  
عفا عن القصاصِ على مالٍ . . كان الأرشُ للمكاتبِ ؛ لأنَّه ككسبه .

وإن كان للمكاتبِ عبدٌ يملكُ بيعه فجنى على المكاتبِ . . كان للمكاتبِ أن يقتصرَ  
منه إن كانت الجناية يجبُ فيها القصاصُ ، وإن كانت خطأ . . لم يثبت له عليه أرشٌ ؛  
لأنَّ المولى لا يثبت له المالُ على عبده .

وإن ملكَ المكاتبُ والدَهُ أو ولدَهُ فجنى على المكاتبِ جنايةٌ توجبُ المالَ . . ففيه  
وجهان ، حكاهما ابنُ الصَّبَّاحِ :

أحدهما : أنه يبيعه ؛ لأنَّه يستفيدُ بالبيعِ أرشَ الجناية ، ويخالفُ غيرُهُما ؛ لأنَّه  
لا يستفيدُ بالبيعِ شيئاً ؛ لأنَّه يملكُ بيعه من غيرِ جناية .

والثاني : لا يجوزُ له بيعه ؛ لأنَّه مملوكٌ ، فلا يجبُ له عليه مالٌ .

وما ذكره الأوَّلُ . . يبطلُ بالعبدِ المرهونِ ، إذا جنى على الراهنِ .

وإن جنى بعضُ عبيدِ المكاتبِ على بعضِ جنايةٍ توجبُ القصاصَ . . فله أن يقتصرَ  
من الجاني ؛ لأنَّه من مصلحةِ ماله ؛ لأنَّه إذا لم يستوفِ القصاصَ . . كان ذلك ذريعةً  
إلى إقدامِ بعضهم على بعضٍ . وإن كانت خطأ أو عمداً وعفا عنه على مالٍ . . لم يثبت  
له المالُ ؛ لأنَّ السيّدَ لا يثبتُ له المالُ على عبده .

وبالله التوفيقُ

\* \* \*

## بابُ الكتابةِ الفاسدةِ

قال الشافعي رحمه الله تعالى : ( ولو كاتب عبده كتابةً فاسدةً فأدّى . . عتق ، ورجع عليه السيّد بقيمته يومَ عتق ) .

وجملةُ ذلك : أنَّ العتقَ المعلقَ بالصفاتِ على ثلاثةِ أضربٍ :

عتقٌ معلقٌ بصفةٍ محضةٍ لا مدخلَ للعوضِ فيها .

وعتقٌ معلقٌ بصفةٍ فيها معاوضةٌ والمغلبُ فيها حكمُ المعاوضةِ .

وعتقٌ معلقٌ بصفةٍ فيها معاوضةٌ والمغلبُ فيها حكمُ الصّفةِ .

فأما [الضربُ الأوّلُ] : وهو [العتقُ المعلقُ بصفةٍ لا عوضَ فيها ، فمثلُ قوله : إن دخلت الدارَ فأنت حرٌّ ، وإن كلمت فلاناً فأنت حرٌّ ، فهذه صفةٌ لازمةٌ من جهةِ السيّد والعبدِ ، فمتى وُجدتِ الصّفةُ . . عتقَ العبدُ .

وفي معنى هذا : إذا قال : إن أعطيتني ألفاً فأنت حرٌّ ، فهذا وإن تضمّن عطيةَ الألفِ . . فليس هو على وجهِ العوضِ ، وإنما العطيةُ صفةٌ في وقوعِ العتقِ ، فليس للسيّد ولا للعبدِ فسخُ هذه الصّفةِ .

وإن أبرأ السيّدُ العبدَ من الألفِ . . لم يعتق ؛ لأنَّ العتقَ يقعُ بوجودِ الصّفةِ ، وهي العطيةُ ، والإبراءُ ليسَ بعطيةٍ . وإن مات السيّدُ . . بطلتِ الصّفةُ . وإن كسبَ العبدُ مالاً قبلَ وجودِ العطيةِ . . كانَ لسيّده . وإن دفعَ الألفَ إلى السيّدِ . . ملكهُ السيّدُ ، وكانَ للسيّدِ ما بقيَ في يدِ العبدِ ، ولا تراجعَ بينَ السيّدِ والعبدِ . هذا هو المذهبُ .

ومن أصحابنا الخراسانيّينَ مَنْ قال : حكمُهُ حكمُ الكتابةِ الفاسدةِ ؛ لأنّه في الحقيقةِ كتابةٌ على نجمٍ واحدٍ .

وأما الضربُ الثاني : وهو العتقُ المعلقُ بصفةٍ والمغلبُ فيه حكمُ العوضِ : فهو العتقُ في الكتابةِ الصحيحةِ ، وقد مضى بيانهُ .

وَأَمَّا الضَرْبُ الثَّالِثُ : وَهُوَ الْعَتَقُ الْمَعْلَقُ بِصِفَةٍ فِيهَا مَعَاوِضَةٌ وَالْمَغْلَبُ فِيهِ حَكْمُ الصِّفَةِ : فَهُوَ الْكِتَابَةُ الْفَاسِدَةُ ، بِأَنْ يَكَاتِبَ عَبْدُهُ عَلَى خَمْرِ أَوْ خَنْزِيرٍ أَوْ شَرْطٍ فَاسِدٍ ، فَإِنَّ الْمَعَاوِضَةَ فِيهَا يَبْطُلُ حَكْمُهَا ؛ لِفَسَادِ الْعَقْدِ ، وَتَبْقَى الصِّفَةُ وَهَذِهِ صِفَةُ جَائِزَةٍ مِنَ الطَّرَفَيْنِ .

فَإِنْ أَمْتَنَعَ الْعَبْدُ مِنَ الْأَدَاءِ . . لَمْ يُجْبَرْ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا لَمْ يُجْبَرْ عَلَى الْأَدَاءِ فِي الْكِتَابَةِ الصَّحِيحَةِ . . فَلَا أَنْ لَا يُجْبَرَ عَلَى الْأَدَاءِ فِي الْكِتَابَةِ الْفَاسِدَةِ أُولَى . وَلِلسَّيِّدِ أَيْضًا أَنْ يُبْطَلَ الصِّفَةُ ؛ لِأَنَّ السَّيِّدَ إِنَّمَا دَخَلَ فِي الْعَقْدِ وَرَضِيَ بِالصِّفَةِ . . لِيَسْلَمَ لَهُ الْعَوْضُ الَّذِي شَرَطَهُ ، وَلَمْ يَسْلَمَ لَهُ ، فَكَانَ لَهُ الرَّجُوعُ فِيهَا .

وَكَيْفِيَّةُ الرَّجُوعِ : هُوَ أَنْ يَقُولَ : قَدْ رَجَعْتُ فِي الصِّفَةِ وَأَبْطَلْتُهَا .

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى : ( وَيُشْهَدُ عَلَى ذَلِكَ ) .

قَالَ أَصْحَابُنَا : لَمْ يُرَدُّ بِهَذَا : أَنَّ الْإِشْهَادَ شَرْطٌ فِي صَحَّةِ الرَّجُوعِ ، وَإِنَّمَا هُوَ لِيُثَبَّتَ أَنَّهُ قَدْ رَجَعَ فِيهَا وَأَبْطَلَهَا . وَلِلسَّيِّدِ أَنْ يُبْطَلَ الصِّفَةُ بِنَفْسِهِ مِنْ غَيْرِ حَاكِمٍ ؛ لِأَنَّهُ مُجْمَعٌ عَلَيْهِ ، فَهُوَ كَفَسْخِ الْبَيْعِ لِلْعَيْبِ .

فَإِنْ جُنَّ الْمَوْلَى ، أَوْ أُغْمِيَ عَلَيْهِ ، أَوْ حُجِرَ عَلَيْهِ لِسَفِهِ قَبْلَ الْأَدَاءِ . . بَطَلَتِ الصِّفَةُ ، وَلَمْ يَعْتَقِ الْعَبْدُ بِأَدَاءِ الْعَوْضِ بَعْدَ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ جَائِزٌ ، فَبَطَلَ بِالْجَنُونِ وَالْإِغْمَاءِ ، كَالْوَكَالَةِ وَالشَّرَكَةِ .

وَلَوْ عَلَّقَ عَتَقَ عَبْدُهُ عَلَى دُخُولِ الدَّارِ ، فَجُنَّ الْمَوْلَى أَوْ أُغْمِيَ عَلَيْهِ . . لَمْ تَبْطُلِ الصِّفَةُ ؛ لِأَنَّ الْمَوْلَى لَا يَمْلِكُ إِبْطَالَ الصِّفَةِ الْمَجْرَدَةِ ، بَلْ هِيَ لَازِمَةٌ مَعَ بَقَاءِ الْمَلِكِ . هَذَا هُوَ الْمَنْصُوصُ .

وَحَكَى الْمُحَامِلِيُّ : أَنَّ الشَّيْخَ أَبَا حَامِدٍ قَالَ : عِنْدِي أَنَّ الصِّفَةَ فِي الْكِتَابَةِ الْفَاسِدَةِ لَا تَبْطُلُ بِجَنُونِ الْمَوْلَى ، كَمَا لَا يَبْطُلُ الْعَتَقُ الْمَعْلَقُ بِدُخُولِ الدَّارِ ، وَحَمَلَ النَّصَّ عَلَى أَنَّ السَّيِّدَ إِذَا قَبَضَ فِي حَالِ جَنُونِهِ . . لَمْ يَعْتَقِ الْعَبْدُ ؛ لِأَنَّهُ قَبْضٌ غَيْرُ صَحِيحٍ ، فَلَا يَقَعُ بِهِ الْعَتَقُ .

وإن مات المولى قبل أداء المال إليه . . بطلت الصفة ، ولم يعتق العبد بالأداء إلى ورثته .

وقال أبو حنيفة وأحمد : ( لا يبطل ، وإذا أدى إلى ورثته . . عتق ) .

دليلنا : أنه عقد جائز من الطرفين لا يؤول إلى اللزوم ، فبطل بالموت ، كالوكالة والشركة .

وإن جن العبد أو أغمي عليه . . لم تبطل الصفة ؛ لأن العبد محجور عليه بالرق قبل الجنون ، فلا يتجدد له بالجنون الحجر ، ولأن العبد لا يملك إبطال الصفة ، وإنما له أن يعجز نفسه ، فلا يفسخ بجنونه .

وإن مات العبد قبل الأداء . . بطلت الصفة ؛ لأن العتق لا يلحقه بعد الموت .

وإن أدى العبد إلى سيده العوض الذي كاتبه عليه قبل بطلان الصفة بشيء ممّا ذكرناه . . عتق العبد ؛ لأن العقد أشتمل على معاوضة وصفة ، فإذا بطلت المعاوضة . . بقيت الصفة ، فعتق بها .

وإن أبرأه السيد من المال الذي كاتبه عليه . . لم يعتق ؛ لأنه إنما يعتق هاهنا بالصفة ، وهي قوله : فإذا أدّيته فأنت حرّ ، والصفة لا توجد في البراءة ، بخلاف الكتابة الصحيحة ، فإنه إذا أبرأه من مال الكتابة . . عتق ؛ لأن المقلب فيه حكم المعاوضة . فإذا أبرأه من المال . . صار كأنه أدّاه وعتق ، وإذا عتق العبد في الكتابة الفاسدة بالأداء . . كان له ما كسبه بعد الكتابة .

وإن كاتب جارية ، وأتت بولد بعد الكتابة ، وقلنا : يتبعها في الكتابة الصحيحة . . تبعها في الكتابة الفاسدة أيضاً ؛ لأن الفاسدة لما كانت كالصحيحة في العتق بالأداء . . كانت كالصحيحة أيضاً في ملك الكسب وفي الولد .

وإن أعتقه السيد قبل الأداء . . لم يتبعه كسبه ، ولا يتبع الجارية ولدها ؛ لأن الكتابة الفاسدة للسيد فسؤها ، فجعل عتقه فسخاً . وقد نصّ الشافعي رحمه الله تعالى : ( أن السيد لو أعتقه عن الكفارة . . أجزأه ، ولو وقع عتقه بحكم الكتابة . . لمّا أجزأه في الكفارة ) .



ويرجع العبدُ على مولاهُ بالعوضِ الذي دفعهُ إليه ؛ لأنَّه دفعهُ إليه عمّا عليه له فإذا لم يكن له عليه شيءٌ . . . رجع عليه به .

ويرجع المولى على العبدِ بقيمته من غالب نقدِ البلدِ ؛ لأنَّه إنَّما أزال ملكهُ عنه بشرطٍ أن يُسلَّم له العوضُ الذي شرطهُ ، فإذا لم يسلم له وتعذَّر الرجوعُ إلى رقبته . . . رجع عليه بقيمته ، كما لو باع سلعةً بشرطٍ فاسدٍ وتلفتِ السلعةُ في يدِ المشتري .

وتعتبرُ قيمةُ العبدِ حالَ العتقِ ؛ لأنَّها حالةُ الإتلافِ ، فإنَّ كانَ أحدُ العوضين من غيرِ جنسِ الآخرِ . . . طالبَ كلِّ واحدٍ منهما بحقه الذي له عندَ صاحبه . وإنَّ كانَ العوضُ الذي له دفعهُ العبدُ إلى السيِّد من جنسِ نقدِ البلدِ وعلى صفته . . . فالحكمُ فيه - وفي كلِّ دينين من الأثمانِ أحدهما من جنسِ الآخرِ وعلى صفته - واحدٌ ، وهو : أنَّه هل يصيرُ أحدهما قصاصاً عن الآخرِ ؟ فيه أربعةُ أقوالٍ :

أحدها : يسقطُ أحدهما بالآخرِ وإن لم يتراضيا ولا رضي أحدهما ؛ لأنَّه لا فائدةَ في قبضِ كلِّ واحدٍ منهما لحقه ، ولأنَّه يجبُ عليه دفعُهُ أو مثله .

والثاني : أنَّه لا يسقطُ أحدهما بالآخرِ إلَّا بأن يرضي أحدهما بذلك ؛ لأنَّه إذا رضي أحدهما . . . فقد رضي أن يقضي الدينَ الذي عليه من الدينِ الذي له ، وله أن يقضي ما عليه من أيِّ ماله شاء ، ولم يكن للآخرِ الامتناعُ .

والثالثُ : أنَّه لا يسقطُ أحدهما بالآخرِ إلَّا برضاها جميعاً ؛ لأنَّه إبدالُ ذمَّةٍ بذمَّةٍ ، فلم تصحَّ إلَّا برضاها ، كالحوالة .

والرابعُ : أنَّه لا يسقطُ أحدهما بالآخرِ وإن تراضيا ؛ لأنَّه بيعُ دينٍ بدينٍ ، فلم يصحَّ .

وكلُّ موضعٍ قلنا : يسقطُ أحدهما بالآخرِ ، فإنَّ كانا متماثلين . . . سقطَ أحدهما بالآخرِ ، وإنَّ كانَ أحدهما أكثرَ من الآخرِ . . . سقطَ الأقلُّ ، وسقطَ من الأكثرِ بقدرِ الأقلِّ ، ودفعَ ما بقيَ عليه .

قالَ ابنُ الصَّبَّاحِ : وإنَّ كانَ الحقَّانِ من غيرِ جنسِ الأثمانِ . . . فلا يسقطُ أحدهما بالآخرِ .

والفرق بينهما : أنَّ ما عدا الأثمان تُطلبُ فيه المغابنة<sup>(١)</sup> ؛ لوجود الاختلاف فيها ،  
وقلما يتساويان ، والأثمان به متساوية لا تُطلبُ فيها المغابنة .

وذكر الشيخ أبو إسحاق : أنَّ الحَقَّين إذا كانا مِنْ ذواتِ الأمثالِ . . فهي كالأثمان  
على الأربعة الأقوال .

وإن أخذ المكاتبُ كتابةً فاسدةً مِنْ سهمِ الرقابِ مِنَ الزكاةِ شيئاً ، فإن لم يكن فيه  
وفاءً بما كُتِبَ عليه . . أَسْترْجَع منه . وإن كان فيه وفاءً . . فالمنصوصُ : ( أَنَّهُ يُسْتَرْجَعُ  
منه ) ؛ لأنَّ بفسادِ الكتابةِ خرجَ عَنْ أَنْ يكونَ مِنَ الرِّقابِ .

وَمِنْ أَصْحَابِنَا مَنْ قَالَ : لَا يُسْتَرْجَعُ منه ؛ لَأَنَّهُ كَالْكِتَابَةِ الصَّحِيحَةِ فِي الْعَتَقِ  
وَالْكَسْبِ ، فَكَانَ كَالصَّحِيحَةِ فِي الْأَخْذِ مِنْ سَهْمِ الرِّقابِ .

**مسألة :** [يعتق المخبول ونحوه بأداء الكتابة] :

قال الشافعي رحمه الله تعالى : ( وَلَوْ كَانَ الْعَبْدُ مَخْبُولاً . . عَتَقَ بِأَدَاءِ الْكِتَابَةِ ، وَلَا  
يَرْجَعُ أَحَدُهُمَا عَلَى الْآخَرِ بِشَيْءٍ ) وفي هذا ثلاث مسائل :

**إحداهنَّ :** إذا كاتبَ عبدهُ وهوَ عاقلٌ كتابةً صحيحةً ، ثُمَّ جَنَّ الْعَبْدُ وَأَدَّى مَالَ الْكِتَابَةِ  
فِي حَالِ جَنُونِهِ . . فَإِنَّهُ يَعْتَقُ بِالْأَدَاءِ ؛ لِأَنَّ السَّيِّدَ إِذَا قَبَضَ مِنْهُ . . فَقَدْ أَسْتَوْفَى مِنْهُ حَقَّهُ  
الَّذِي كَاتَبَهُ عَلَيْهِ ، وَلَوْ أَخَذَ حَقَّهُ مِنْ يَدِهِ . . يَعْتَقُ الْعَبْدُ بِحَكْمِ الْعَقْدِ .

**الثانية :** إذا كاتبَ عبدهُ - وهوَ عاقلٌ<sup>(٢)</sup> - كتابةً فاسدةً ، ثُمَّ جَنَّ الْعَبْدُ فَأَدَّى الْمَالَ فِي حَالِ  
جَنُونِهِ . . فَيَعْتَقُ الْعَبْدُ بِحَكْمِ الصِّفَةِ ، وَيُثَبِّتُ بَيْنَهُمَا التَّرَاجُعُ إِلَّا أَنَّ الْحَاكِمَ هَاهُنَا يُنْصَبُ  
وَكَيْلاً عَلَى الْعَبْدِ يَرَاجِعُ عَنْهُ ؛ لِأَنَّ الْمَجْنُونَ لَا تَصَحُّ مَرَاجَعَتُهُ .

**الثالثة :** إذا كاتبَ عبدهُ المَجْنُونُ كتابةً فاسدةً ، فَأَدَّى الْعَبْدُ الْمَالَ فِي حَالِ جَنُونِهِ . .  
فَنَقَلَ الْمُزْنِيُّ : ( أَنَّهُ يَعْتَقُ بِأَدَاءِ مَالِ الْكِتَابَةِ ، وَلَا يَرْجَعُ أَحَدُهُمَا عَلَى الْآخَرِ<sup>(٣)</sup> بِشَيْءٍ ) .

(١) في بعض النسخ : ( المعاينة ) هنا وفي الموضع الآتي بعده .

(٢) في نسختين : ( كاتب عبده العاقل ) .

(٣) في نسختين : ( صاحبه ) .

ونقل الربيع في « الأم » [٣٧٩ / ٧] : ( أنه يعتق ، ويتراجعان )<sup>(١)</sup> .

وأختلف أصحابنا في المسألة على أربع طرق :

فقال أبو العباس : الصحيح : ما نقله الربيع في « الأم » وأنهما يتراجعان ؛ لأنَّ السيّد لم يسلم له ما شرط من المسمّى ، وقد وقع العتق ، فيتراجعان ، ككتابة الصحيح ، وما نقله المزنّي فيه زيادة : ( لا ) .

وقال أبو إسحاق : الصحيح : ما نقله المزنّي وأنه لا يرجع بشيء ؛ لأنَّ العبد إذا كان مجنوناً . . فليس هو من أهل العقود ولا من أهل الضمان ، فإذا عقد معه العقد . . فلم يلتزم ضماناً بالعقد ، وإنما يعتق بوجود الصفة ، فلم يثبت بينهما التراجع . وما نقله الربيع أسقط منه : ( لا ) .

وقال القاضي أبو الطيّب : في المسألة قولان ، ووجههما : ما ذكرناه لأبي العباس وأبي إسحاق .

وقال الشيخ أبو حامد : يحتمل أن تكون المسألة على اختلاف حالين :

فالذي نقله المزنّي : ( أنه لا يرجع أحدهما بشيء ) أراد به : إذا كاتبه وهو مجنون . . فلا يثبت بينهما تراجع ؛ لأنَّ المجنون ليس من أهل العقود والضمان .

والذي نقل الربيع : ( أنهما يتراجعان ) أراد به : إذا كاتبه كتابةً فاسدةً وهو عاقل ، ثمَّ جنَّ وأدّى المال في حال جنونه . . فإنه يعتق ويتراجعان ؛ لأنَّه حال العقد من أهل العقد والضمان .

وإن كاتب عبداً صغيراً فأدّى إليه ما كاتبه عليه . . عتق ، وهل يثبت بينهما التراجع ؟ على الطرق الأولى الثلاث في المجنون .

مسألة : [إبطال السيّد المكاتب إذا جزأها] :

وإن كاتب نصف عبده وقُلنا : لا يصح . . فللسيّد إبطال هذه الصفة والرجوع فيها . فإن لم يُبطلها حتّى أدّى العبد ما كاتبه عليه . . عتق النصف الذي كاتبه منه بالصفة ،

(١) في نسخة : ( لا يعتق ويبرأ ) .

وسرى العتق إلى باقيه ؛ لأنَّ النصفَ الأوَّلَ عتقَ برضا السيِّد وأختياريه ، فسرى العتقُ إلى باقيه ، كما لو قال لعبيده : إن دخلت الدارَ فنصفُك حرٌّ ، فدخل الدارَ ، فإنَّ نصفه يعتقُ بالصفة والثاني بالسراية .

إذا ثبتَ هذا : فإنَّ للعبد أن يرجعَ على السيِّد بما دفعَ إليه من العوضِ ، وللسيِّد أن يرجعَ على العبدِ بقيمة نصفه الذي كاتبه عليه ؛ لأنَّ السيِّدَ لم يرضَ بزوال ملكه عنه إلاَّ بعوضٍ ، ولم يسلمَ له ذلك ، ولا يرجعُ عليه بقيمة نصفه الذي عتقَ بالسراية ؛ لأنَّ العبدَ لم يلتزمَ لسيِّده بعتقِ ذلك النصفِ عوضاً .

فرعٌ : [مكاتبه الشريك دون إذن شريكه] :

وإن كاتبَ شريكاً له في عبده من غيرِ إذنِ شريكه . . فالكاتبُ فاسدٌ ، وللسيِّد أن يبطلَ الصفةَ ويرجعَ فيها ، فإنَّ لم يُبطلِ الصفةَ حتَّى أدَّى إليه العبدُ ما كاتبه عليه . . نظرت :

فإن أدَّى إليه ذلكَ من حصَّة نصيبه من كسبه ، وأدَّى إلى شريكه حصَّة نصيبه من كسبه . . عتقَ نصيبُ السيِّد الذي كاتبه بالصفة ، ورجعَ العبدُ على سيِّده الذي كاتبه بما دفعَ إليه من العوضِ ، ورجعَ المولى عليه بقيمة نصيبه منه .

فإن كان السيِّد الذي كاتبه موسراً بقيمة حصَّة شريكه منه . . عتقَ عليه بالسراية ، وغرمَ لشريكه قيمة نصيبه ، ولا يرجعُ السيِّدُ على العبدِ بقيمة ما غرَّمه لشريكه ؛ لأنَّ العبدَ لم يلتزمَ لسيِّده الذي كاتبه عوضاً عن عتقِ نصيبِ شريكه .

وإن دفعَ العبدُ المكاتبُ جميعَ كتابته<sup>(١)</sup> إلى الذي كاتبه . . فهل يعتقُ ؟ فيه وجهان :

أحدهما : يعتقُ ؛ لأنَّ العتقَ في الكتابة الفاسدة يقعُ بالصفة ، وقد وجدتِ الصفةُ ، فعتقَ ، كما لو قال لامرأته : إن أعطيتني هذا العبدَ فأنت طالقٌ ، فغصبتُه وأعطته إياهُ .

(١) في (م) : (كسبه) .

والثاني : لا يعتق ، وهو الصحيح<sup>(١)</sup> ؛ لأنَّ قوله : فإذا أَدَّيتَ إِلَيَّ كذا فأنت حرٌّ يقتضي أنَّ يُوَدِّيَ إِلَيْهِ مِمَّا يملكُ ، وما أَدَّاهُ إِلَيْهِ لا يملكُهُ ، فهو كما لو لم يُوَدِّ إِلَيْهِ ، ويخالفُ العبدَ في الطلاق ؛ لأنَّه قد عَيَّنَهُ ، فوزانُهُ مِنَ الطلاقِ أنَّ يقولَ : إذا أعطيتني عبداً فأنت طالقٌ ، فغصبتُ عبداً وأعطتهُ إِيَّاهُ . . فإنَّها لا تطلقُ .

فإذا قلنا : إنَّه يعتقُ . . فللشريك الذي لم يكتبَ أنَّ يرجعَ على شريكه بحصَّة نصيبه مِمَّا قبضَهُ مِنَ العبدِ ؛ لأنَّه ملكُهُ ، ويرجعُ المولى على العبدِ بقيمة نصيبه ، ويرجعُ العبدُ عليه بما بقي من كسبه .

وإنَّ كانَ السيِّدُ الذي كاتبَهُ موسيراً بقيمة نصيب شريكه . . قوِّمَ عليه وعُتقَ عليه ، ولا يرجعُ على العبدِ بما غَرِمَهُ لشريكه مِنَ الكسبِ والقيمة .

وإنَّ قلنا : إنَّه لا يعتقُ . . فللشريك الذي لم يكتبَ أنَّ يرجعَ على شريكه بنصفِ ما قبضَهُ مِنَ كسبِ العبدِ ، فإنَّ أَدَّى إِلَيْهِ العبدُ تمامَ ما كاتبَهُ عليه مِنَ نصفِ كسبه . . عتقَ وحكمُ التراجعِ بينهما والتقويمُ على ما مضى .

وإنَّ كاتبَهُ بإذنِ شريكه ، فإنَّ قلنا : لا يصحُّ . . فهو كما لو كاتبَهُ بغيرِ إذنه ، على ما مضى . وإنَّ قلنا : إنَّه يصحُّ ، فإنَّ دفعَ نصفَ كسبه إلى الذي كاتبَهُ ونصفَهُ إلى الذي لم يكتبَهُ . . عتقَ بالأداء ولم يثبتَ بينَ السيِّدِ والعبدِ تراجعٌ ؛ لأنَّ الكتابةَ صحيحةٌ .

فإنَّ كانَ الذي كاتبَهُ موسيراً بقيمة نصيب شريكه . . قوِّمَ عليه وعُتقَ ولا شيءَ على المكاتبِ ممَّا دفعَهُ السيِّدُ بالتقويمِ . فإنَّ كانَ معسراً . . لم يقوِّمَ عليه .

وإنَّ دفعَ جميعَ كسبه إلى الذي كاتبَهُ . . فهل يعتقُ نصيبُ الذي كاتبَهُ ؟

مِنْ أَصْحَابِنَا مَنْ قَالَ : فِيهِ وَجْهَانِ ، كَالْوَجْهَيْنِ فِي الْكِتَابَةِ الْفَاسِدَةِ .

وَقَالَ أَكْثَرُهُمْ : لَا يَعْتَقُ وَجْهًا وَاحِدًا ، وَهُوَ الْمَذْهَبُ ؛ لِأَنَّ الْكِتَابَةَ الصَّحِيحَةَ : الْمَغْلَبُ فِيهَا حَكْمُ الْعَوَضِ - وَلَمْ يَحْصُلْ لَهُ دَفْعُ الْعَوَضِ - وَالْكِتَابَةُ الْفَاسِدَةُ : الْمَغْلَبُ فِيهَا الصَّفَةُ .

(١) فِي ( م ) : ( الْأَصَحُّ ) .



مسألة : [مكاتبه عبيد بعقد واحد] :

إذا كاتب عبيداً له على مالٍ بعقدٍ واحدٍ ، فإن قلنا : يصحُّ العقدُ ، بأن أدّى كلُّ واحدٍ منهم ما يخصُّه من مالِ الكتابةِ . . عتقوا ، وإن أدّى واحدٌ منهم ما يخصُّه . . عتق .

فإن قيل : هلاً قلتم : لا يعتق المؤدّي قبل أداء أصحابه ؛ لأنَّ السيّد قال : فإذا أدّيتهم . . فأنتم أحرارٌ ، فلا يعتق واحدٌ منهم حتّى يؤدّوا كلّهم<sup>(١)</sup> ، كما لو قال لعبيده : إذا أدّيتهم إليّ كذا . . فأنتم أحرارٌ ، فإنّه لا يعتق واحدٌ منهم إلّا بأداء الجميع ؟ فالجواب : أنّ الكتابة إذا كانت صحيحة . . فالمغلب فيها حكمُ المعاوضة دون الصفة ، بدليل : أنّه لو أبرأ السيّد واحداً منهم . . عتق .

وإن قلنا : إنّ الكتابة فاسدة فللسيّد إبطال الصفة ، فإن لم يُبطلها حتّى أدّوا المال الذي كوّتوا عليه . . عتقوا بالصفة ، ورجع السيّد على كلّ واحدٍ منهم بقيمته ، ورجعوا عليه بالمال الذي دفعوه إليه .

وإن أدّى أحدهم ما يخصُّه من مالِ الكتابة . . فهل يعتق بالصفة ، ويثبت التراجع بينه وبين السيّد ؟

قال الشافعي في «الإملاء» : ( يعتق ويتراجع هو والسيّد ؛ لأنّ الكتابة الفاسدة محمولة على الصحيحة في العتق ، وفي الصحيحة : إذا أدّى بعضُ العبيد . . عتق ، فكذلك في الكتابة الفاسدة ) .

ومن أصحابنا من قال : لا يعتق .

قال أصحابنا : وهو الأقيس ؛ لأنّ العتق بالكتابة الفاسدة يقع بالصفة ، والصفة لا توجد بأداء بعضهم .

(١) في نسختين : ( جميعهم ) .

فرعٌ : [يؤدي من عتق عن جماعة المكاتبين] :

وإن كاتب جماعة عبيد.. فإنه لا يجب أن يؤدي بعضهم عن بعض مال كتابته .  
فإن أدى واحد منهم عن صاحبه مال كتابته ، فإن كان بعد أن أدى المؤدي كتابة  
نفسه وعتق.. صح . فإن كان بغير إذن المؤدي عنه.. لم يرجع عليه بشيء ؛ لأنه  
متطوع عنه ، وإن كان بإذنه.. رجع عليه وكان ديناً على المؤدي عنه . وإن أدى عن  
غيره قبل أن يؤدي هو عن نفسه كتابة نفسه ، فإن لم يعلم المولى أنه يؤدي ذلك عن  
غيره ، كأن اعتقد أنه يؤدي ذلك من كسب المؤدي عنه.. لم يصح الأداء عن المؤدي  
عنه ؛ لأنه إن كان بغير إذن المؤدي عنه.. فهو هبة منه له . وإن كان بإذنه.. فهو قرض  
له ، والقرض والهبة لا يصحان من مال المكاتب بغير إذن سيده .

وإن كان ذلك بعلم السيد ، بأن قال لسيده : هذا من كسبي أؤديه عن صاحبي ،  
فقبضه المولى.. فهل يصح ذلك عن المؤدي عنه ؟

إن قلنا : تصح هبته بإذن المولى.. صح هاهنا ، وإن قلنا : لا تصح هبته بإذن  
المولى.. لم يصح الأداء عن المؤدي عنه .

فعلى هذا : إن كان قد حل على المؤدي عنه نجم.. قاصه به ، وإن لم يحل عليه  
نجم.. قال ابن الصباغ : فإن شاء قاصه به ، وإن شاء طالبه به وأخذه .

وقال غيره من أصحابنا : لا تصح المقاصة إلا باتفاق الدئنين بالحلول أو التأجيل .

فعلى هذا : فإنه يأخذه منه ليتصرف فيه إلى أن يحل عليه نجم .

فإن لم يأخذه من السيد حتى أدى المؤدي عن نفسه وعتق<sup>(١)</sup>.. فهل يقع ذلك عن  
المؤدي عنه ؟

ظاهر ما قاله الشافعي رحمه الله تعالى : أنه يقع عن المؤدي عنه ؛ لأنه إنما منع من  
الأداء عن غيره لرقه ، وقد زال رقه.. فوقع عن المؤدي عنه .

(١) في حاشية نسخة : ( وكان أدى قبل حلول الأجل ) .

وَمِنْ أَصْحَابِنَا مَنْ قَالَ : لَا يَقَعُ عَنْهُ ؛ لِأَنَّهُ وَقَعَ الْأَدَاءُ فَاسِداً . . فَلَا يَصِحُّ حَتَّى  
يَتَبَدَّى إِذْناً صَحِيحاً .

وَكُلُّ مَوْضِعٍ وَقَعَ الْأَدَاءُ عَنْ صَاحِبِهِ : فَإِنْ كَانَ بِإِذْنِ الْمُؤَدَّى عَنْهُ . . كَانَ دَيْناً عَلَيْهِ  
لَهُ ، وَحُكْمُهُ حُكْمُ دَيْنِ الْقَرْضِ إِذَا اجْتَمَعَ مَعَ دَيْنِ الْكِتَابَةِ ، وَقَدْ مَضَى .

قَالَ الطَّبْرِيُّ فِي « الْعُدَّة » : وَلَوْ كَاتَبَ جَمَاعَةٌ عَبِيدَ لَهُ وَشَرَطُوا عَلَيْهِ<sup>(١)</sup> أَنْ يَكُونَ كُلُّ  
وَاحِدٍ مِنْهُمْ ضَامِناً عَنْ صَاحِبِهِ . . كَانَتِ الْكِتَابَةُ فَاسِدةً قَوْلاً وَاحِداً .

وَبِاللَّهِ التَّوْفِيقُ

\* \* \*

---

(١) فِي ( م ) : ( وَشَرَطَ عَلَيْهِمْ ) .

## بابُ اختلافِ المولى والمكاتبِ

قال الشافعي رحمه الله تعالى : ( وإن اختلف السيد والمكاتب . . تحالفا وترادًا ) .

وجملة ذلك : أنَّ السيد والمكاتب إذا اختلفا . . نظرت :

فإن اختلفا في أصل الكتابة ، وأدعى العبد على مولاه أنه كاتبه وأنكر السيد ، فإن أقام العبد شاهدين ذكرين على الكتابة . . ثبت الكتابة ، ولا يقبل فيه شاهد وأمرأتان ، ولا شاهد ويمين ؛ لأن المقصود إثبات العتق ، وذلك لا يثبت إلا بشاهدين ذكرين .

وإن لم يكن معه بيّنة . . فالقول قول السيد مع يمينه ؛ لقوله ﷺ : « البينة على المدعي ، واليمين على من أنكر » ، ولأن الأصل عدم الكتابة ، فكان القول قول من ينفيها .

وإن اتفقا على الكتابة ولكن اختلفا في قدر المال ، بأن قال السيد : كاتبك على ألفين إلى نجمين ، فقال المكاتب : بل كاتبني على ألف إلى نجمين ، أو اختلفا في مقدار الأجل ، بأن قال السيد : كاتبك على ألف في نجمين كل نجم إلى سنة ، فقال المكاتب : بل كاتبني على ألف في نجمين كل نجم إلى سنتين ، أو اختلفا في قدر النجوم ، بأن قال السيد : كاتبك على ألف في نجمين كل نجم إلى كذا ، وقال المكاتب : بل كاتبني على ألف في أربعة نجوم ، ولا بيّنة لواحد منهما . . فإنهما يتحالفاً على النفي والإثبات ، كتحالفتي المتبايعين في قدر الثمن . وبه قال أبو يوسف ومحمد .

وقال أبو حنيفة : ( القول قول المكاتب ) .

وعن أحمد ثلاث روايات :

إحداهن : كقولنا .

والثانية : كقول أبي حنيفة .

والثالثة : ( القولُ قولُ السيّد ) .

دليلُنا : أنَّهما اختلفا في عَوْضِ العتقِ القائمِ بينهما أو في صفتهِ وليسَ معَ أحدهما بَيِّنَةٌ ، فوجبَ أن يتحالفا كالمتبايعين . فإذا تحالفا . . نظرت :

فإن تحالفا قبلَ العتقِ ، فإن قلنا : إنَّ المتبايعين إذا تحالفا أنفسخَ البيعُ بنفسِ التحالفِ . . أنفسختِ الكتابةُ بنفسِ التحالفِ ، ولا يعتقُ بعدَ ذلكَ بالأداء .

وإن قلنا : لا ينفسخُ البيعُ بنفسِ التحالفِ ، فإن تراضى السيّدُ والمكاتبُ على أحدِ العَوَظَينِ . . لم تنفسخِ الكتابةُ ، وإن لم يتراضيا على شيءٍ . . فُسختِ الكتابةُ ، ومن يتولَّى فسخها ؟ فيه وجهان :

أحدهما : لا تنفسخُ إلا بالحاكم .

والثاني : لكلِّ واحدٍ منهما أن يفسخها ، كما قلنا في المتبايعين<sup>(١)</sup> .

وإن كان التحالفُ بعدَ العتقِ ، بأن دفعَ المكاتبُ إلى السيّدِ ألفين ، فقالَ العبدُ : مالُ الكتابةِ مِنْ ذَلِكَ أَلْفٌ ، وأَلْفٌ أودعتكهُ ، وقالَ السيّدُ : بلِ الألفانِ مالُ الكتابةِ . . فإنَّهما يتحالفانِ ويعتقُ العبدُ لا تُفَاقِهما على العتقِ ولا يرتفعُ العتقُ ؛ لأنَّه إذا وقعَ . . لم يرتفعُ ولكنْ يثبتُ للسيّدِ الرجوعُ على العبدِ بقيمتهِ ، ويثبتُ للعبدِ على السيّدِ الرجوعُ بما دفعَ إليه . والكلامُ في المقاصَّةِ إذا أدَّى<sup>(٢)</sup> الجميعَ مِنْ نقدِ البلدِ على الأقوالِ الأربعةِ .

مسألةٌ : [قبول قول السيد بيمينه على عدم أهليته عند المكاتبه] :

وإن قال السيّدُ : كاتبُك وأنا مغلوبٌ على عقلي أو محجورٌ عليّ ، وأنكرَ العبدُ ، فإن كانَ قد عُرِفَ للسيّدِ جنونٌ أو حَجَرٌ . . فالقولُ قولُ السيّدِ معَ يمينه ؛ لأنَّ الأصلَ بقاءُهُ على الجنونِ والحَجَرِ . وإن لم يُعرَفْ له ذلكَ . . فالقولُ قولُ العبدِ معَ يمينه ؛ لأنَّ الأصلَ عدمُ الجنونِ والحَجَرِ .

(١) في نسخة : ( المتعاقدين ) .

(٢) في نسختين : ( كان ) .



فرعٌ : [ثبوت المكاتب بشاهدين] :

وإن مات رجلٌ وخلفَ عبداً وأبنينِ فأدَّعى العبدُ أنَّ سيِّدهُ قد كان كاتبَهُ ، فإنَّ صادقَهُ الاثنين<sup>(١)</sup> أو كذَّباهُ أو أحدهما ، وأقامَ العبدُ شاهدينِ ذكرينِ على الكتابةِ . . ثبتتِ الكتابةُ .

وإنَّ أنكرَاهُ ولا بيَّنةَ للعبدِ . . فالقولُ قولُ الابنينِ معَ أيَّمانِهِما ؛ لأنَّ الأصلَ عدمُ الكتابةِ ، ويحلفُ كلُّ واحدٍ منهما يميناً باللهِ : أنَّه لا يعلمُ أنَّ أباهُ كاتبَهُ ؛ لأنَّها يمينٌ على نفيِ فعلٍ الغيرِ .

وإنَّ صدَّقَهُ أحدهما أنَّ أباهُ كاتبَهُ وأنكرَ الآخرُ ، فإنَّ شهدَ المصدِّقُ له على الكتابةِ وكانَ عدلاً وشهدَ معه شاهدٌ ذكرٌ . . حُكِمَ للعبدِ بالكتابةِ في جميعه . وإنَّ لم يكنِ المصدِّقُ عدلاً أو لم يشهدْ معه غيرهُ . . فالقولُ قولُ المنكرِ معَ يمينه : أنَّه لا يعلمُ أنَّ أباهُ كاتبَهُ ، فإذا حلفَ له . . صارَ نصفُهُ مملوكاً للمنكرِ ، ونصفُهُ مكاتباً للمصدِّقِ . فإنَّ قيلَ : أليسَ لو كاتبَ أحدُ الشريكينِ العبدَ في نصيبه بغيرِ إذنِ شريكه . . لم تصحَّ الكتابةُ ، وبإذنه على قولينِ ، فكيفَ صحَّتِ الكتابةُ هاهنا في نصفه ؟

فالجوابُ : أنَّه إذا كاتبَهُ في نصيبه ابتداءً . . فقد قصدَ الإضرارَ بشريكه ، فلذلكَ لم يصحَّ ، وهاهنا لم يقصدِ الإضرارَ بشريكه ، وإنَّما أخبرَ أنَّ أباهُ كاتبَهُ ، فقبلَ خبرُهُ .

إذا ثبتَ هذا : فإنَّ الكسبَ يكونُ بينَ المكاتبِ وبينَ المكذبِ نصفينِ ، فإنَّ اتَّفقا على المهايأةِ ويكونُ لكلِّ واحدٍ منهما كسبٌ يومٍ ، أو على تركِ المهايأةِ ثمَّ يقتسمانِ ما حصلَ منْ كسبٍ . . جاز . وإنَّ دعا أحدهما إلى المهايأةِ وأمتنعَ الآخرُ . . لم يُجبرِ الممتنعُ منهما .

وقالَ أبو حنيفةَ : ( يُجبرُ ) .

دليلُنَا : أنَّ المهايأةَ تؤدِّي إلى تأخيرِ الحقِّ عنْ حالةِ استحقاقه . . فلم يُجبرِ الممتنعُ منهما ، كما لو كانَ له دينٌ حالٌّ على رجلٍ . . فإنَّه لا يُجبرُ على تأخيرِهِ .

(١) في ( م ) : ( الابنان ) .

فإذا قُسِّمَ الكسْبُ بينهما : إمَّا مهايأةً أو مناصفةً ، فإن عجزَ المكاتبُ عن حقِّ المصدِّقِ مِنْ مالِ الكتابةِ . . كانَ للمصدِّقِ تعجيزُهُ ، فإذا عَجَزَهُ . . عادَ نصفُهُ المكاتبُ رقيقاً له ، وأخذَ ما بقيَ في يده مِنْ كسبه بعدَ الكتابةِ ؛ لأنَّ المكذَّبَ قد أخذَ حقَّهُ مِنْ الكسْبِ .

فأمَّا ما أكتسبه قَبْلَ الكتابةِ . . فإنَّه بينَ الابنِ نصفانِ ؛ لأنَّه كانَ مملوكاً<sup>(١)</sup> لأبيهما ، وانتقلَ إليهما بالإرثِ .

فإن اختلفا في شيءٍ مِنَ الكسْبِ ، فقالَ المكذَّبُ : هَذَا كَسَبَهُ قَبْلَ الكتابةِ فهوَ بيننا ، وقالَ المصدِّقُ : بَلْ كَسَبَهُ بعدَ الكتابةِ وقد أخذتَ حقَّكَ مِنْهُ وباقِيهِ لِي . . فالقولُ قولُ المصدِّقِ معَ يمينِهِ ؛ لأنَّ المكذَّبَ يدَّعي أَنَّهُ كانَ موجوداً قَبْلَ الكتابةِ ، والأصلُ عدمُ وجودِهِ في ذلكَ الوقتِ ، ولأنَّ السيّدَ لو اختلفَ هوَ والمكاتبُ في ذلكَ . . لكانَ القولُ قولَ المكاتبِ معَ يمينِهِ ؛ والمصدِّقُ هاهنا قائمٌ مقامَ المكاتبِ .

وإن أَدَّى إلى المصدِّقِ نصفَ مالِ الكتابةِ . . عتقَ نصفُهُ ، وكانَ نصفُهُ مملوكاً للمنكرِ ، ولا يَقوِّمُ نصيبُ المنكرِ<sup>(٢)</sup> على المصدِّقِ وإن كانَ موسراً ؛ لأنَّ التقويمَ إنما يكونُ على مَنْ باشرَ العتقَ أو وُجدَ مِنْهُ سببُ العتقِ ، والمصدِّقُ لم يباشرِ العتقَ ولا وُجدَ مِنْهُ سببُهُ وإنما أَخْبَرَ بكتابةِ أبيهِ ، ولمَنْ يكونُ ولاءُ هذا النصفِ ؟ فيه وجهانِ :

أحدهما : يكونُ بينَ الاثنينِ نصفينِ ؛ لأنَّه عتقَ بسببِ كانَ مِنْ أبيهما ، ويثبتُ لَهُ عليهِ الولاءُ ، فانتقلَ إليهما .

والثاني : يكونُ للابنِ المصدِّقِ وحدهُ ؛ لأنَّ المنكرَ أسقطَ حقَّهُ مِنَ الولاءِ بإنكارِهِ فهوَ كما لو شهدَ شاهداً لأبيهما بدينِ على رجلٍ فحلفَ أحدهما معه دونَ الثاني فإنَّ للحالفِ نصفَ الدَّينِ .

(١) في (م) : (ملكاً) .

(٢) في (م) : (المكذب) .

**مسألة :** [ادعاء المكاتب دفع مال الكتابة أو الإبراء] :

وإن ادعى المكاتب أنه دفع مال الكتابة إلى السيد ، أو ادعى أن سيده أبرأه من مال الكتابة ، فأنكر السيد القبض ، أو البراءة ، أو قال المكاتب : وضعت عني النجم الأول ، فقال السيد : بل وضعت النجم الأخير ، فإن كان مع المكاتب بينة بما ادعاه . . حكم له بما ادعاه ؛ لأن البينة أقوى من اليمين ويقبل في ذلك شاهدان ، وشاهد وأمرأتان ، وشاهد ويمين ؛ لأنه بينة على المال .

وإن لم يكن مع المكاتب بينة . . فالقول قول السيد مع يمينه ؛ لأن الأصل عدم ما ادعاه المكاتب واشتغال ذمته بمال الكتابة .

**فرع :** [كاتبه على دنانير وأبرأه من دراهم] :

وإن كاتبه على ألف دينار ، فأبرأه عن ألف درهم . . لم تصح البراءة ؛ لأنه أبرأه عما لا يستحقه عليه ، فصار وجود هذا الإبراء كعدمه .

فإن قال السيد : أردت عن قيمة ألف درهم من الدنانير التي عليه . . صح وبرئت ذمته عن قيمة ألف درهم من الدنانير ؛ لأنه فسر إبراءه بما يحتمله ، فقبل منه .

فإن اختلفا ، فقال المكاتب : أبرأتني من ألف درهم وأردت عن قيمتها من الدنانير ، وقال السيد : لم أرد ذلك . . فالقول قول السيد مع يمينه ؛ لأنه أعلم بما أراد . فإن نكل عن اليمين . . حلف المكاتب أنه أراد ذلك .

وإن اختلف المكاتب وورثة السيد فيما أراد السيد من ذلك . . حلف الورثة أنهم لا يعلمون أن مورثهم أراد ذلك .

**مسألة :** [علق إقراره بالقبض بالمشيئة] :

قال الشافعي رحمه الله تعالى : ( ولو قال : قد أستوفيت آخر كتابتك إن شاء الله أو إن شاء فلان . . لم يجز ؛ لأنه استثناء ) .

وجملة ذلك : أن السيد إذا قال : قد أستوفيت آخر نجومك أو جميع مال الكتابة إن

شاء الله أو إن شاء فلان . . لم يكن إقراراً ؛ لأن الاستثناء يمنع الإقرار كما يمنع الطلاق والعناق ؛ لأنه يحتمل أن يريد بذلك : سأستوفي إن شاء الله ؛ لأن الاستثناء يدخل في الأفعال المستقبلية دون الماضية .

وإن قال : قبضت مال الكتابة إن شاء زيد . . لم يصح الإقرار ؛ لأنه علقه بشرط ، والقبض لا يصح تعليقه بشرط ، وقول الشافعي رحمه الله تعالى : ( إن شاء الله أو إن شاء فلان ) . . لم يجر ؛ لأنه استثناء يرجع إلى مشيئة الله تعالى ، وأما مشيئة فلان فهي صفة .

وإن قال السيد : أستوفيت ، أو قال المكاتب : أليس قد أستوفيت أو وفيتك ، فقال السيد : بلى ، ثم اختلفا فادعى المكاتب أنه أستوفى جميع مال الكتابة ، وقال السيد : بل أستوفيت البعض . . فالقول قول السيد مع يمينه ؛ لأن الاستيفاء<sup>(١)</sup> لا يقتضي الجميع .

وإن قال السيد : أستوفيت آخر كتابتك . . فليس هذا إقراراً بأستيفاء جميع مال الكتابة ؛ لأنه يحتمل ذلك ، ويحتمل أنه يريد : أستوفيت آخر ما حلّ عليك دون ما قبله ، فيرجع في تفسير ذلك إلى السيد ، فإن ادعى المكاتب أنه أراد بذلك جميع مال الكتابة ، وقال السيد : بل أردت النجم الأخير دون ما قبله . . فالقول قول السيد مع يمينه ؛ لأنه أعلم بما أراد .

**مسألة :** [يوقف ولد المكاتب حتى يُعرف وقت ولادته] :

وإن كان مع المكاتب ولد ، فقالت : ولدته بعد الكتابة فهو موقوف معي - إذا قلنا : ولدها موقوف معها - وقال السيد : بل ولدته قبل الكتابة فهو ملك لي . . فالقول قول السيد مع يمينه ؛ لأن هذا اختلاف في وقت الكتابة ، فالسيد يقول : كان العقد بعد الولادة ، والمكاتب يقول : بل كان العقد قبل الولادة ، ولو اختلفا في أصل العقد . . لكان القول قول السيد فكذلك إذا اختلفا في وقته .

(١) في ( م ) : ( الاستثناء ) .

فرعٌ : [شراء المكاتب زوجته الأمة] :

وإن كاتب رجل عبداً له ثم زوجته بأمته ، ثم باع السيد الأمة من المكاتب . . فإن النكاح يفسخ .

وقال أبو حنيفة : ( لا يفسخ ؛ لأنه لا يملكها ، بدليل : أنه إذا اشترى أمة . . لم يملك وطأها ) .

دليلنا : أن المكاتب يملك<sup>(١)</sup> ما اشتراه ، بدليل : أنه إذا اشترى شقصاً من دار ، ثم اشترى السيد شقصاً فيه<sup>(٢)</sup> . . ثبت للمكاتب الشفعة فيما اشتراه مولاه ، فأنفسخ نكاحه ، كالحرة إذا ملك زوجته .

وأما منع المكاتب من وطئها : فلا يدل على أنه لا يملكها ، بدليل : أن الراهن يمنع من وطئ أمته المرهونة وإن كان مالكة .

إذا ثبت هذا : فإن أتت هذه الجارية بولد ، فأختلف السيد والمكاتب فيه ، فقال السيد : أتت به قبل أن أبيعها منك فهو ملك لي ، وقال المكاتب : بل أتت به بعد ما اشتريتها فهو ملك لي . . فالقول قول المكاتب مع يمينه ؛ لأنهما اختلفا في ملكه ، ويد المكاتب عليه ، فكان القول قوله ، كسائر الأملاك . ويفارق المكاتب ، فإنها لا تدعي ملك ولدها .

مسألة : [إقرار السيد استيفاء ما على أحد مكاتبته] :

قال الشافعي رحمه الله تعالى : ( ولو قال السيد : قد أستوفيت ما على أحد مكاتبتي . . أقرع بينهما ) .

وجملة ذلك : أنه إذا كاتب عبيد له بعقدين أو بعقد - وقلنا : إنه يصح - ثم أقر السيد أن أحدهما قد أدى إليه جميع مال الكتابة ، أو أنه قد أبرأه من جميع مال الكتابة ،

(١) في حاشية نسخة : ( ظاهرة أنه يملك ملك ثبات وليس كذلك ، بل هو موقوف على عتقه ) .

(٢) في ( م ) : ( منه ) .



وقال : لا أعلم عينه منهما . . فما دام حياً لا يُقرع بينهما ، ولكن يقال له : تذكّر الذي أدّى منهما أو الذي أبرأته منهما ؛ لأنّ ذلك أقوى من القرعة ، فإن تذكّر وقال : هذا الذي أدّى إليّ مال الكتابة ، أو هذا الذي أبرأته . . حكم بعته .

فإن صدّق الآخر السيّد أنّه لم يؤدّ أو أنّه لم يُبرئه . . كان باقياً على كتابته .

وإن قال الآخر : أنا الذي أدّى مال كتابته ، أو أنا الذي أبرأته ، فإن صدّقه السيّد . . حكم بعته أيضاً مع الأوّل ، وإن كذّبه ولا بينة للثاني . . فالقول قول السيّد مع يمينه : أنّه لم يؤدّ إليه أو أنّه لم يُبرئه ، لأنّ الأصل بقاء المال في ذمّته . فإذا حلف له السيّد . . بقي على كتابته ، وإن نكل السيّد . . حلف المكاتب وعتق أيضاً .

وإن مات المولى قبل أن يبيّن . . فقد قال الشافعي رحمه الله تعالى في « المختصر » :

( يُقرع بينهما ) وقال في موضع آخر : ( لا يُقرع بينهما ) فحصل فيها قولان :

أحدهما : يُقرع بينهما ، فمن خرج له سهم الحرية . . عتق ؛ لأنّ الحرية تعيّن لأحدهما وأشكل عينه<sup>(١)</sup> ولا يمكن التمييز إلا بالقرعة . قال المحاملي : فعلى هذا : إن ادّعى الآخر على الورثة أنّه هو الذي أدّى مال كتابته أو أبرأه السيّد . . حلف الورثة : أنّهم لا يعلمون أنّه قد أدّى مال كتابته ، أو أنّ مورّثهم أبرأه .

والقول الثاني : أنّه لا يُقرع بينهما ؛ لأنّه لا يؤمن أن يخرج سهم الحرية للذي لم يؤدّ فترقّ المعتق ، ولكن يرجع إلى بيان الوارث ، فيقال للوارث : أتعلم الذي أدّى أو أبرىء ؟ فإن قال : نعم . . قيل له : عينه ، فإذا عيّن أحدهما . . حكم بعته .

فإن قال الآخر : بل أنا الذي أدّى مال كتابته أو أبرأه السيّد . . حلف الوارث أنّه لا يعلم أنّه الذي أدّى أو أبرىء ، وبقي على الكتابة .

وإن قال الوارث : لا أعلم عين المؤدّي أو المبرأ ، فإن صدّقه المكاتبان أنّه لا يعلم . . بقيا على الكتابة ، وإن كذّباه وأدّعا علمه بالمؤدّي منهما أو بالمبرأ . . حلف لكل واحد منهما يميناً وبقياً على الكتابة .

(١) في نسخة : ( عليه ) .

قال ابن الصبَّاح : قال أصحابنا : ويؤدِّي كلُّ واحدٍ منهما جميعَ مالِ كتابته ؛ لأنَّه لم يثبت أداءُ أحدهما . قال : وعندي : أنَّهما إذا قالا : نُؤدِّي ما على أحدينا إنْ كانت كتابتهما سواء ، أو كانت كتابةُ أحدهما أكثرَ مِنَ الآخرِ فقالا : نُؤدِّي كتابةَ أكثرنا كتابةً لنعتق . . . كان لهما ذلك ؛ لأنَّهما إذا أدَّيا ذلك . . . فقد أدَّيا جميعَ ما عليهما بيقين .

### مسألة : [مكتابة ثلاثة بعقد على مئة] :

وإنْ كاتبَ رجلٌ ثلاثةَ أعبدٍ له على مئةٍ درهمٍ بعقدٍ واحدٍ ، وقيمةُ أحدهم مئةٌ وقيمةُ كلِّ واحدٍ مِنَ الآخرينِ خمسونَ ، فإنْ قلنا : إنَّ الكتابةَ باطلةٌ . . فلا كلامَ . وإنْ قلنا : إنَّها صحيحةٌ . . قُسِّمَتِ المئةُ المسمَّاةُ عليهم على قدرِ قيمتهم ، فيكونُ على مَنْ قيمتهُ مئةٌ : خمسونَ ، وعلى كلِّ واحدٍ مِنَ الآخرينِ : خمسةٌ وعشرونَ .

فعلى هذا : إنْ أدَّى العبيدُ الثلاثةُ مئةً مِنْ أيديهم إلى السيِّدِ ، ثمَّ اختلفوا ، فقال كلُّ واحدٍ مِنَ العبدِينِ اللّذينِ قيمتهما مئةٌ : أدّيناها أثلاثاً بيننا ، فأدّيتَ أنتَ ثلاثةً وثلاثينَ وثلاثاً وبقيَ عليك باقى<sup>(١)</sup> كتابتك فلم تعتق ، وأدَّى كلُّ واحدٍ منا ثلاثةً وثلاثينَ وثلاثاً ، وعلى كلِّ واحدٍ منا خمسةٌ وعشرونَ . . فقد عتقنا نحنُ ، وبقيَ ما زادَ لكلِّ واحدٍ منا وديعةٌ عند<sup>(٢)</sup> السيِّدِ ، أو أدّينا ذلكَ عنكَ بإذنكَ فهو دينٌ عليك لنا . وقال مَنْ كُثِرَتْ قيمتهُ : بلْ أدّيناها على قدرِ ما علينا مِنْ مالِ الكتابةِ ، فأدّيتُ أنا خمسينَ وعتقتُ ، وأدَّى كلُّ واحدٍ منكما خمسةً وعشرينَ وعتقَ :

فقد قال الشافعي رحمه الله في موضعٍ : ( القولُ قولُ مَنْ قلَّتْ قيمتهُ ) .

وقال في موضعٍ مِنَ « الأُمِّ » : ( إذا أدّوا ستينَ ديناراً ، ثمَّ اختلفوا ، فقال مَنْ قلَّتْ قيمتهُ : أدّيناها على العددِ أثلاثاً ، وقال مَنْ كُثِرَتْ قيمتهُ : أدّيناها على قدرِ ما علينا مِنْ مالِ الكتابةِ . . فالقولُ قولُ مَنْ كُثِرَتْ قيمتهُ ) .

(١) في ( م ) : ( تمام ) .

(٢) في ( م ) : ( قِيلَ ) .

وَأَخْتَلَفَ أَصْحَابُنَا فِيهَا عَلَى طَرِيقَيْنِ :

فَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ : فِيهَا قَوْلَانِ :

أَحَدُهُمَا : الْقَوْلُ قَوْلُ مَنْ قَلَّتْ قِيَمَتُهُ ، وَهُوَ الْأَصَحُّ ؛ لِأَنَّ أَيْدِيَهُمْ عَلَى الْمَالِ ، فَالظَّاهِرُ أَنَّ أَمْلَاكَهُمْ مَتَسَاوِيَةٌ فِيهِ .

وَالثَّانِي : أَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُ مَنْ كَثُرَتْ قِيَمَتُهُ ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ مِنْ حَالِ مَنْ عَلَيْهِ دَيْنٌ أَنَّهُ لَا يُوَدِّي أَكْثَرَ مِمَّا عَلَيْهِ ، وَمَنْ قَلَّتْ قِيَمَتُهُ يَدَّعِي أَنَّهُ أَدَّى أَكْثَرَ مِمَّا عَلَيْهِ ، وَهَذَا مُخَالَفٌ لِلظَّاهِرِ .

وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ : لَيْسَتْ عَلَى قَوْلَيْنِ ، وَإِنَّمَا هِيَ عَلَى اخْتِلَافِ حَالَيْنِ :

فَالْمَوْضِعُ الَّذِي قَالَ : ( الْقَوْلُ قَوْلُ مَنْ قَلَّتْ قِيَمَتُهُ ) أَرَادَ بِهِ : إِذَا أَدَّوْا أَقْلَ مِمَّا عَلَيْهِمْ مِنْ مَالِ الْكِتَابَةِ ، مِثْلَ : أَنْ يُوَدَّوْا سِتِّينَ وَعَلَيْهِمْ مِئَةٌ ؛ لِأَنَّ مَنْ قَلَّتْ قِيَمَتُهُ . . لَمْ يُوَدِّ أَكْثَرَ مِمَّا عَلَيْهِ ، فَلَا تَخَالَفُ دَعْوَاهُ الظَّاهِرَ ، وَيَدُّ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ عَلَى ثُلْثِ الْمَالِ ، فَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهُ .

وَالْمَوْضِعُ الَّذِي قَالَ : ( الْقَوْلُ قَوْلُ مَنْ كَثُرَتْ قِيَمَتُهُ ) أَرَادَ بِهِ : إِذَا أَدَّوْا جَمِيعَ مَالِ الْكِتَابَةِ ؛ لِأَنَّ مَنْ قَلَّتْ قِيَمَتُهُ هَاهُنَا . . يَدَّعِي أَنَّهُ أَدَّى أَكْثَرَ مِمَّا عَلَيْهِ ، فَكَانَتْ دَعْوَاهُ تَخَالَفُ الظَّاهِرَ ، فَلَمْ تَقْبَلْ .

**مَسْأَلَةٌ :** [أُدْعَاءُ الْمَكَاتِبِ تَأْدِيَةُ الْكِتَابَةِ لِسَيِّدِهِ] :

وَإِنْ كَانَ عَبْدٌ بَيْنَ رَجُلَيْنِ نَصَفَيْنِ فَكَاتِبَاهُ كِتَابَةٌ صَحِيحَةٌ ، ثُمَّ أَدَّعَى الْمَكَاتِبُ أَنَّهُ أَدَّى إِلَيْهِمَا مَالَ الْكِتَابَةِ . . ففِيهِ ثَلَاثُ مَسَائِلَ :

إِحْدَاهُنَّ : إِذَا كَاتِبَاهُ عَلَى أَلْفٍ ، فَأَدَّعَى الْمَكَاتِبُ أَنَّهُ أَدَّى إِلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا خَمْسَ مِئَةٍ ، فَإِنْ صَدَّقَاهُ . . عَتَقَ ، وَإِنْ كَذَّبَاهُ وَلَا بَيِّنَةَ لِلْمَكَاتِبِ . . حَلَفَ لَهُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَمِينًا وَبَقِيَ عَلَى الْكِتَابَةِ ، وَإِنْ صَدَّقَهُ أَحَدُهُمَا وَكَذَّبَهُ الْآخَرُ . . عَتَقَ نَصِيبُ الْمَصَدَّقِ .

وَلَا تَقْبَلُ شَهَادَةُ الْمَصَدَّقِ عَلَى الْمُنْكَرِ ؛ لِأَنَّهُ يَدْفَعُ بِهَذِهِ الشَّهَادَةِ عَنْ نَفْسِهِ غُرْمًا ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ مَعَ الْمَكَاتِبِ بَيِّنَةٌ . . حَلَفَ لَهُ الْمُنْكَرُ : أَنَّهُ لَمْ يَقْبِضْ مِنْهُ نَصِيبَهُ مِنَ الْكِتَابَةِ ،

وبقي نصيبه على الكتابة ، ويكون المنكر بالخيار : بين أن يطالب المكاتب بخمس مئة ؛ لأنه قد ثبت أنه ما قبض شيئاً منها ، وبين أن يرجع على شريكه المصدق بمئتين وخمسين - وهو نصف ما قبض - لأن كسب المكاتب مشترك بين سيديه ، فلا يجوز أن يخص أحدهما بشيء منه ، ويرجع على المكاتب بمئتين وخمسين ؛ لأنه لم يثبت أنه قبض منه شيئاً من الكتابة .

فإذا حصل للمنكر الخمس مئة ، إما من المكاتب وإما من المكاتب ومن المصدق . . عتق نصيبه ، ولا يرجع المكاتب على المصدق بما أخذه منه المنكر ، وكذلك لا يرجع المصدق على المكاتب بما أخذه منه المنكر ؛ لأن كل واحد منهما يقر أن الذي ظلمه هو المنكر ، فلا يرجع على غير من ظلمه .

فإن قيل : فالمكذب منكر لقبض المصدق نصيبه . . فكيف يرجع عليه ؟

قلنا : إقرار المصدق يوجب له الرجوع عليه ، وإنكاره لا يمنع من الرجوع ؛ لجواز أن يكون المصدق قبض بغير علم المنكر .

فإن عجز المكاتب عما لزمه أداؤه إلى المنكر . . كان له تعجيزه فإذا عجزه . . عاد نصفه رقيقاً له ، ونصفه قد عتق بإقرار المصدق ، ويكون ما بقي في يد المكاتب من الكسب بينه وبين المنكر نصفين .

قال الشافعي رحمه الله : ( ولا يقوّم نصيب المنكر هاهنا على المصدق ؛ لأن التقويم لحظ العبد لتكميل أحكامه ، والعبد يزعم أنه حر ، وإنما أسترقت المنكر نصفه ظلماً ) .

المسألة الثانية : إذا قال المكاتب لأحد الشريكين : دفعت إليك جميع الألف لتأخذ نصفها لك وتدفع إلى شريكك نصفها ، فقال الذي أدعى عليه المكاتب : لم تدفع إلي جميع الألف ، وإنما دفعت إلي نصف الألف وإلى شريكي نصف الألف ، فقال الشريك : ما دفع إلي شيئاً . . فيعتق نصيب الذي أقر أنه قبض نصف الألف ، ويحلف للمكاتب : أنه ما قبض منه إلا خمس مئة ، ولا تقبل شهادته على شريكه ؛ لأن المكاتب لا يدعي عليه أنه قبض ، ولأنه يدفع بهذه الشهادة عن نفسه غرماً ، ولا يمين



على الشريك الذي لم يدَّعِ عليه المكاتب ، للمكاتب ؛ لأنه لا يدَّعي أنه أقبضه شيئاً ، فبقي نصيبه على الكتابة : ويكون بالخيار : بين أن يرجع على المكاتب بخمس مئة ، وبين أن يرجع عليه بمئتين وخمسين وعلى شريكه المقر بمئتين وخمسين ؛ لأنَّ الخمس المئة التي أقرَّ بقبضها من كسب العبد وكسبه بينهما .

قال ابن الصَّبَّاح : وللمصدق أن يُحلف المنكر : أنه لم يقبض من المكاتب خمس مئة ؛ لجواز أن يخاف ، فيقرَّ ، فيسقط رجوعه عليه .

فإذا رجع المنكر على المكاتب أو على المصدق . . لم يرجع أحدهما على الآخر بذلك ؛ لأنَّ المصدق يعترف : أنَّ المنكر ظالم له ، فلا يرجع على غير من ظلمه ، والمكاتب ما ثبت أنه دفع إلى المصدق شيئاً ، فيرجع به عليه .

فإذا حصل للمنكر خمس مئة من المكاتب أو منهما . . عتق نصيبه .

وإن عجز المكاتب عما لزمه أداؤه إلى المنكر . . كان له تعجيزه ، فإذا عجزه . . عاد نصفه رقيقاً له ، ونصفه قد عتق على المصدق .

قال الشافعي رحمه الله : ( ويقوم على المقر نصيب المنكر ؛ لأنَّ المكاتب يقول : أنا أستحق التقويم ؛ لأنَّ نصفي مملوك ) .

ومن أصحابنا من نقل جواب الأولى إلى هذه وجواب هذه إلى الأولى ، وجعل فيهما قولين ، وليس بشيء .

المسألة الثالثة : إذا قال المكاتب لأحد الشريكين : قد دفعتُ إليك الألف كلها لتأخذ نصفها وتدفع إلى شريكك نصفها ، فقال هذا الذي أدَّعى عليه المكاتب : نعم ، قد قبضتُ الألف ودفعتُ إلى شريكي نصفها ، فقال الشريك : ما دفعتُ إليَّ شيئاً . . عتق نصيب المقر ؛ لأنه أقرَّ أنه أستوفى مالَ كتابته ، فإن لم تكن بينة على المنكر . . فالقول قوله مع يمينه ، فإذا حلف . . بقي حقه مكاتباً ، ويكون بالخيار . . بين أن يطالب المكاتب بخمس مئة ؛ لأنَّ حقه في الأصل عليه ، وبين أن يطالب المقر بخمس مئة ؛ لأنه أقرَّ بقبضها . فإذا أخذ حقه من أيَّهما كان . . عتق نصيبه ، ثم ينظر :



فإن رجع المنكر على المكاتب بخمس مئة . . . كان للمكاتب الرجوع على المقر بخمس مئة ، سواء صدقه على الدفع إلى شريكه أو كذبه ؛ لأنه يقول : كان من الواجب عليك أن تدفع إليه وتشهد ليكون دفعاً مبرئاً ، فإذا لم تشهد . . . فقد فرطت .

وإن رجع المنكر على المقر . . . لم يرجع المقر على المكاتب ؛ لأنه يقر أن شريكه ظلمه ، فلا يرجع على غير من ظلمه . وإن عجز المكاتب عن الأداء . . . قال أصحابنا : وهذا بعيد ؛ لأن له أن يأخذ من المقر خمس مئة ويؤديها في مال الكتابة ، ولكنه إن لم يختز ذلك . . . لم يجبره المنكر على مطالبة المقر ، وللمنكر أن يعجزه ، فإذا عجزه . . . عاد نصفه رقيقاً له ، ويرجع المنكر على المقر بخمس مئة ، وهو نصف ما أقر بقبضه ؛ لأنه من كسب المكاتب .

قال عامة أصحابنا : ويقوم نصيب المنكر على المقر .

وقال القاضي أبو الطيب : إن كان المكاتب لم يصدق المقر في دفع خمس مئة إلى المنكر . . . قوّم عليه ؛ لأنه يقر أن نصفه مملوك ، وإن صدقه أنه دفع إليه خمس مئة . . . لم يقوّم عليه ؛ لأنه يعترف أنه حرّ وأن أحكامه كملت ، وأن المنكر مسترق لنصفه ظلماً .

فرع : [تزويج السيد ابنته من مكاتبه] :

إذا زوّج الرجل أبنته من مكاتبه برضاها . . . صحّ النكاح ، وإنما اعتبر رضاها ؛ لأنه ليس بكفء لها .

فإن مات السيد قبل أن يعتق المكاتب ، فإن كانت غير وارثة لأبيها ، بأن كانت قاتلة أو ذمّية . . . فإن النكاح بحاله ، وإن ورثت أباه . . . أنفسخ نكاحها . وبه قال أحمد .

وقال أبو حنيفة : ( لا ينفسخ النكاح ) .

دليلنا : أن المكاتب عبد قبل الأداء وقد ملكت شيئاً منه . . . فأنفسخ نكاحها ، كما لو كان زوّجها غير مكاتب ، فملكته أو ملكت شيئاً منه .

فرع : [تدفع الكتابة لورثة السيد أو للوصي] :

وإن كاتب الرجل عبداً له ومات السيد قبل أن يؤدّي المكاتب ، فإن كان وارث السيد واحداً رشيداً . . دفع المكاتب المال إليه ، وإن كان وارثه اثنين رشيدين . . لم يعتق المكاتب حتى يدفع إلى كل واحد منهما نصيبه .

وإن ورث السيد من ليس برشيد . . لم يعتق المكاتب حتى يدفع مال الكتابة إلى الناظر في أمر الوارث ، من جد أو وصي أو حاكم أو أمين الحاكم .

وإن أوصى السيد بمال الكتابة لرجل معين أو لقوم معينين . . قال المحاملي : جاز للمكاتب أن يدفع مال الكتابة للموصي له المعين ، ويجوز أن يدفعه إلى وصي الميت أو إلى وارثه ؛ لأن للوارث والوصي أن يتوليا إيصال الوصايا إلى مستحقيها .

وإن وصى به المولى لقوم موصوفين غير معينين ، كالفقراء والمساكين . . لم يبرأ المكاتب بدفعه إليهم ، بل يدفعه إلى الوصي<sup>(١)</sup> ليتولى تفرقة .

وإن أوصى المولى أن يقضى دينه من مال الكتابة ، فإن كان الدين لرجل معين . . فالأولى أن يدفعه إليه . وإن دفعه إلى الوصي أو إلى الوارث . . جاز . وإن لم يوص به ، بل<sup>(٢)</sup> كان عليه دين يحيط بماله . . فلا يجوز للمكاتب أن يدفع إليه المال إلا بحضرة الوارث والوصي . فإن دفعه إلى أحدهما . . لم يبرأ ؛ لأن لكل واحد منهما فيه حقاً ، فحق الوارث : أن يأخذه ويقضي الدين من عنده<sup>(٣)</sup> ، وللوصي حق ، وهو : منع الورثة من التصرف في التركة حتى يقضي الدين .

والله أعلم بالصواب ، وبالله التوفيق

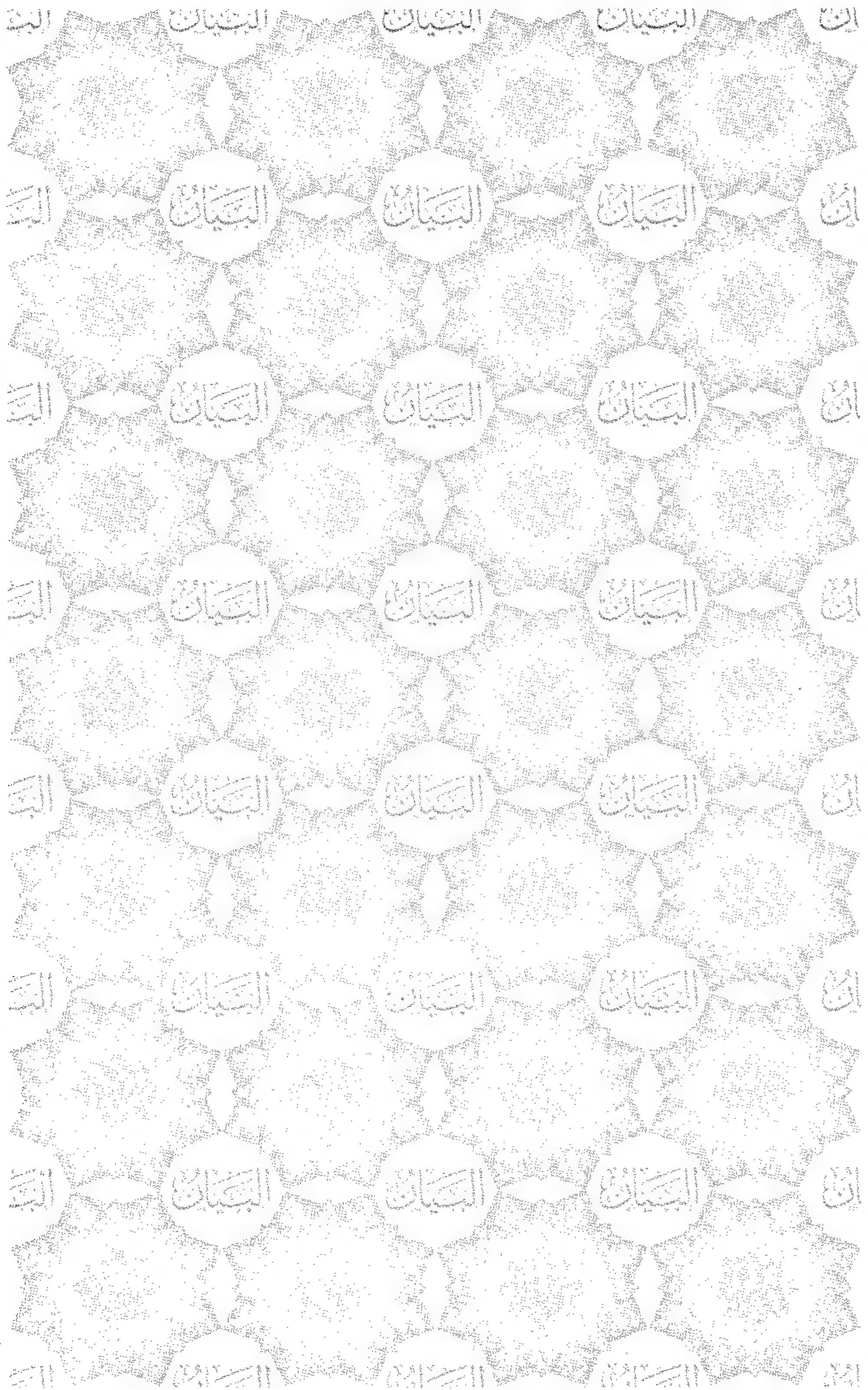
\* \* \*

(١) في نسختين : ( الموصي ) .

(٢) لعلها بمعنى ( أو ) .

(٣) في نسختين : ( غيره ) .

# کتاب عنون المہاتر الاولیاء



## كتاب عتق أمهات الأولاد<sup>(١)</sup>

إِذَا عَلِقَتِ الْأُمُّ مِنْ سَيِّدِهَا بِحُرٍّ فِي مَلَكِهِ . . ثَبَتَ لَهَا حَكْمُ الْإِسْتِيلَادِ .  
وقال المزني : قطع الشافعي رحمه الله في خمسة عشر كتاباً بعتق أمهات الأولاد ،  
ووقف في غيرها .

فقال البغداديون من أصحابنا : لا يختلف مذهب الشافعي رحمه الله تعالى : ( أنه  
لا يجوز بيع أم الولد ولا هبتها ، ولا تورث عنه ، بل تعتق عنه بموته من رأس  
المال ) . وبه قال عمر وعثمان وعائشة رضي الله عنهم ، وهو قول عامة الفقهاء .  
وأما توقف الشافعي رحمه الله تعالى عن بيعها . . فإنما ذلك لينبّه على أن في بيعها  
خلفاً .

وروي عن علي ، وأبن عباس ، وأبن الزبير رضي الله عنهم : أنهم قالوا : ( يجوز  
بيعها ) . وبه قال داود والشيعة .

(١) أم الولد : هي التي ولدت من سيدها في ملكه ولا خلاف في إباحة التسري ووطء الإماء لقوله  
جل ثناؤه : ﴿ وَالَّذِينَ هُمْ لِأُزْوَاجِهِمْ حَافِظُونَ ﴾ إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ  
مُلُومِينَ [المؤمنون : ٥ - ٦] . وقد كانت مارية القبطية رضي الله عنها أم إبراهيم ولد النبي ﷺ  
وهي من اللاتي قيل فيهن : ( أعتقها ولدها ) أخرجه عن ابن عباس ابن ماجه ( ٢٥١٦ ) ،  
والبيهقي في « السنن الكبرى » ( ٣٤٦ / ١٠ ) في العتق ، وفيه حسين بن عبد الله بن عبيد الله بن  
عباس متروك الحديث لكن ذكر له متابعات من وجوه آخر من أمثلها ما رواه قاسم بن أصبغ في  
« مصنفه » . قال ابن كثير في « إرشاد الفقيه » ( ١١٩ / ٢ ) : وهذا إسناد رجاله ثقات ، وهو من  
أحسن ما روي في هذا الباب ، وقد صححه أبو محمد بن حزم الظاهري ، واعتمد عليه في هذه  
المسألة وقد علل بما رواه الثوري عن أبيه عن عكرمة : ( أن عمر قال في أم الولد أعتقها ولدها  
وإن كان سقطاً ) ، وهو صحيح .



وحكى الخراسانيون من أصحابنا : أَنَّ ذَلِكَ قَوْلُ آخَرٍ لِلشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى ،  
وليسَ بمشهورٍ .

دليلُنا : ما روى ابنُ عباسٍ : أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « أَيُّمَا أَمَةٍ وَلَدَتْ مِنْ سَيِّدِهَا .  
فَهِىَ حُرَّةٌ عَنْ دُبُرِ مِنْهُ » <sup>(١)</sup> .

وروى ابنُ عمرَ : أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ فِي أُمِّ الْوَلَدِ : « لَا تُبَاعُ ، وَلَا تُوهَبُ ، وَلَا  
تُورَثُ يَسْتَمْتِعُ بِهَا مُدَّةَ حَيَاتِهِ ، فَإِذَا مَاتَ عُتِقَتْ » <sup>(٢)</sup> .

إِذَا ثَبِتَ هَذَا : فَلَا يَصَحُّ هَبُّهَا وَلَا رَهْنُهَا ، وَهَلْ تَصَحُّ كِتَابَتُهَا ؟ فِيهِ وَجْهَانِ :

قَالَ ابْنُ الْقَاصِّ : لَا يَصَحُّ ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ عَلَى رَقَبَتِهَا ، فَأَشْبَهَ الْبَيْعَ وَالرَّهْنَ وَالْهَبَةَ .

وَقَالَ أَكْثَرُ أَصْحَابِنَا : يَصَحُّ ؛ لِأَنَّ الشَّافِعِيَّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى نَصَّ عَلَى : ( أَنَّهُ إِذَا  
أَسْتَوْلَدَ الْمَكَاتِبَةَ . . صَارَتْ أُمَّ وَلَدٍ ، وَالْكِتَابَةُ بِحَالِهَا ) ، وَلِأَنَّهُ يَمْلِكُ كَسْبَهَا ، فَإِذَا  
أَعْتَقَهَا عَلَى بَعْضِهِ . . جَازَ .

إِذَا تَقَرَّرَ مَا ذَكَرْنَاهُ . . فِيهِ اسْتِيلَادُ ثَلَاثِ مَسَائِلَ :

إِحْدَاهُنَّ : إِذَا عَلِقَتْ الْأَمَةُ بِحُرٍّ مِنْ سَيِّدِهَا فِي مِلْكِهِ . . فَإِنَّهَا تَصِيرُ أُمَّ وَلَدٍ لَهُ فِي  
الْحَالِ إِلَّا فِي مَسْأَلَةٍ وَاحِدَةٍ وَهِيَ : إِذَا أَحْبَلَ الرَّاهِنُ الْجَارِيَةَ الْمَرْهُونَةَ بِغَيْرِ إِذْنِ  
الْمُرْتَهِنِ . . فَإِنَّهَا فِي أَحَدِ الْقَوْلَيْنِ تَبَاعٌ لِحَقِّ الْمُرْتَهِنِ وَإِنْ كَانَتْ قَدْ عَلِقَتْ بِحُرٍّ مِنْ سَيِّدِهَا  
فِي مِلْكِهِ .

(١) أَخْرَجَهُ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ أَحْمَدُ فِي « الْمَسْنَدِ » ( ٣١٧ / ١ ) ، وَابْنُ مَاجَهَ ( ٢٥١٥ ) فِي الْعَتَقِ ،  
وَالدَّارَقُطْنِيُّ فِي « السُّنَنِ » ( ١٣٠ / ٤ وَ ١٣٢ ) ، وَالْحَاكِمُ فِي « الْمُسْتَدْرَكِ » ( ١٩ / ٢ ) وَصَحَّحَ  
إِسْنَادَهُ ، وَابْنُ أَبِي شَيْبَةَ فِي « السُّنَنِ الْكُبْرَى » ( ٣٤٦ / ١٠ ) فِي عَتَقِ أُمَهَاتِ الْأَوْلَادِ . وَفِي إِسْنَادِهِ  
حُسَيْنُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ السَّالْفُ ذَكَرَهُ فِي الْحَدِيثِ قَبْلَهُ .

(٢) أَخْرَجَهُ عَنْ ابْنِ عُمَرَ الدَّارَقُطْنِيُّ فِي « السُّنَنِ » ( ١٣٥ / ٤ ) ، وَابْنُ أَبِي شَيْبَةَ فِي « السُّنَنِ الْكُبْرَى »  
( ٣٤٢ / ١٠ - ٣٤٣ ) فِي عَتَقِ أُمَهَاتِ الْأَوْلَادِ . قَالَ ابْنُ الْمَلْقَنِ فِي « خِلَاصَةِ الْبَدْرِ الْمُنِيرِ »  
( ٢٩٩٠ ) : وَصَحَّحَا وَقَفَهُ وَوَافَقَهُمَا الْخَطِيبُ الْبَغْدَادِيُّ وَعَبْدُ الْحَقِّ . وَخَالَفَ ابْنُ الْقُطَّانِ  
فَصَحَّحَ رَفْعَهُ أَوْ حُسْنَ وَقَالَ : رَوَاتِهِ كُلُّهُمْ ثِقَاتٌ قَالَ : وَعِنْدِي أَنَّ الَّذِي أَسْنَدَهُ ثِقَةٌ خَيْرٌ مِنَ الَّذِي  
أَوْقَفَهُ ، وَلَا مَزِيدَ عَلَى تَحْقِيقِهِ .

الثانية : إذا عَلِقْتُ بولِدٍ مملوكٍ . . فإنَّها لا تصيرُ أُمٌّ ولِدٍ إلَّا في مسألة واحدة وهي :  
إذا وَطِئَ المَكاتِبُ أُمَّتَهُ ، فَحَبِلَتْ مِنْهُ ، فهل تصيرُ أُمٌّ ولِدٍ لَهُ ؟ فيه قولان :

أحدهما : تصيرُ أُمٌّ ولِدٍ لَهُ ولا يجوزُ لَهُ بيعُها ، بَلْ تكونُ موقوفةً على عتقه ، فإنَّ عتقَ بالأداء . . عتقتُ بموته ، وإن رُقَّ . . رُقَّتْ ؛ لأنَّها أتتْ مِنْهُ بولِدٍ في ملكه وهذا الولدُ موقوفٌ على حرِّيَّته ، فكذلك الأُمُّ .

والثاني : لا تصيرُ أُمٌّ ولِدٍ لَهُ ؛ لأنَّها أتتْ مِنْهُ بولِدٍ مملوكٍ .

وإن تزوَّجَ أُمَّةً فأَحْبَلَهَا وأَشْتَرَاها وهي حاملٌ مِنْهُ فوضعتْ عنده . . عتقَ الولدُ ، ولا تصيرُ أُمٌّ ولِدٍ لَهُ . وبه قال أحمدُ .

وقال أبو حنيفة : ( تصيرُ أُمٌّ ولِدٍ لَهُ ) .

وقال مالكٌ : ( إنْ أشتراها حاملًا ووضعتْ عنده . . صارتْ أُمٌّ ولِدٍ لَهُ ، وإنْ أشتراها بعدمَا ولدت . . لمْ تصرْ أُمٌّ ولِدٍ لَهُ ) .

دليلنا : أنَّها عَلِقَتْ مِنْهُ بمملوكٍ ، فلا يثبتُ لَهَا حكمُ الاستيلادِ ، كما لو زنى بِهَا .

المسألة الثالثة : إذا عَلِقْتُ مِنْهُ بَحْرٌ في غيرِ ملكٍ ، مثل : أَنْ يطأها بشبهة . . فإنَّها لا تصيرُ أُمٌّ ولِدٍ لَهُ في الحال ؛ لأنَّها ليستْ بمملوكَةٍ لَهُ ، فإنْ مَلَكَها بعدَ ذلك ، فهل تصيرُ أُمٌّ ولِدٍ لَهُ ؟ فيه قولان :

أحدهما : تصيرُ أُمٌّ ولِدٍ لَهُ ؛ لأنَّها عَلِقَتْ بَحْرٌ مِنْهُ ، فهو كما لو عَلِقَتْ مِنْهُ في ملكه .

والثاني : لا تصيرُ أُمٌّ ولِدٍ لَهُ ؛ لأنَّها عَلِقَتْ مِنْهُ في غيرِ ملكه ، فهو كما لو عَلِقَتْ مِنْهُ في زوجيَّةٍ أو زنى بِهَا .

مسألة : [ ما يصيرُ الأُمَّةُ أُمٌّ ولِدٍ ] :

وأما الكلامُ في بيانِ ما تصيرُ بِهِ أُمٌّ ولِدٍ : فإنَّها إنْ ولدتْ وَلَدًا مَصُورًا حَيًّا أو مَيِّتًا . . فإنَّها تصيرُ أُمٌّ ولِدٍ ، ويجبُ بِهِ الغُرَّةُ على الضاربِ إذا أسقطته مِنْ ضَرْبِهِ ، وتجبُ بِهِ الكفَّارةُ ، وتنقضي بِهِ العِدَّةُ . وإنْ وَضَعَتْهُ وهو غيرُ مَصُورٍ تامٍّ إلَّا أَنَّهُ بَانَ فِيهِ صورةُ الأَدَمِيِّ ، كظفرٍ أو شَعْرٍ . . كَانَ حكمُهُ حكمَ الولدِ التامِّ الخَلْقَةِ ، فتعلَّقُ بِهِ الأحكامُ الأربعةُ .

وإن وضعت جسداً ليس فيه تخطيطٌ ظاهرٌ<sup>(١)</sup> ، ولكنْ عُرِضَ على أربعِ نساءٍ ثقاتٍ من القوابعِ فشَهِدْنَ أنَّ فيه تخطيطاً باطناً لا يشاهدُهُ إلاَّ أهلُ الصنعةِ . . فحكمُهُ حكمُ الولدِ ، فتعلَّقُ بهِ الأحكامُ الأربعةُ ؛ لأنَّهنَّ من أهلِ المعرفةِ بذلك ، فهو كما لو كان فيه تخطيطٌ ظاهرٌ .

وإن وضعت جسداً ليس فيه تخطيطٌ ظاهرٌ ، ولا شَهِدَتِ القوابعُ أنَّ فيه تخطيطاً باطناً ، لكنْ شَهِدْنَ أنَّ هذا لو بقي لَتَخَطَّطَ وأنه مبتدأُ خلقِ آدميٍّ . . فقد قال الشافعيُّ رحمه الله تعالى في « المختصر » ما يدلُّ على أنَّها لا تصيرُ بهِ أمٌّ وليدٌ ؛ لأنه قال :

( إذا وَلَدَتْ ما يَتَبَيَّنُ أَنَّهُ مِنْ خَلْقِ الْآدَمِيِّ عَيْنًا أَوْ ظَفَرًا أَوْ إِصْبَعًا . . فَهِيَ أُمٌّ وَلِيدٌ ) .

وقال في كتابِ ( العِدَدِ ) : ( تنقضي بهِ العِدَّةُ ) . وأختلف أصحابنا فيه على طريقين : فمنهم مَنْ قال : فيه قولان :

أحدهما : حكمُهُ حكمُ الولدِ ، فيتعلَّقُ بهِ الأحكامُ الأربعةُ ؛ لأنَّ القوابعَ قد شَهِدْنَ أَنَّهُ مبتدأُ خلقِ آدميٍّ ، فأشبهَ إذا شَهِدْنَ أَنَّهُ تَخَطَّطَ .

والثاني : لا يتعلَّقُ بهِ شيءٌ من أحكامِ الولدِ ؛ لأنه لم يَتَبَيَّنْ فيه صورةُ الآدميِّ ، فأشبهَ الدَّمَّ والماءَ .

ومنهم مَنْ قال : لا تصيرُ بهِ أمٌّ وليدٌ ، ولا تجبُ بهِ الغُرَّةُ ولا الكفَّارةُ ، ولكنْ تنقضي بهِ العِدَّةُ ؛ لأنَّ القصدَ معرفةُ براءةِ رَحِمِ المَعْتَدَّةِ ، وذلك يحصلُ بهِ . وسائرُ الأحكامِ إنما تثبتُ لِحُرْمَةِ الولدِ ولا حُرْمَةِ لاِبْتِدَائِهِ .

وتعتقُ أمُّ الولدِ بموتِ سيِّدِها مِنْ رَأْسِ المَالِ ، سواءً أَسْتَوْلَدَها في صَحَّتِهِ أو في مرضٍ موتهِ ؛ لأنَّ الإِحْبَالَ إِتْلَافٌ فيما<sup>(٢)</sup> طريقُهُ الالْتِذَاذُ . . فَاعْتَبِرَ ذَلِكَ مِنْ رَأْسِ المَالِ ، كما لو أَتْلَفَ شيئاً مِنْ مالِهِ في مأكولِهِ وملبوسِهِ .

(١) تخطيط ظاهر : أي ظهر فيه خلق الآدمي ، وتبيَّن كما تبيَّن الخط في الشيء الذي يخطط بقلم أو حديدة وسوى ذلك .

(٢) الأولى أن تكون : ( ما ) بدل ( فيما ) .

مسألة : [حكم أم الولد كالقينة] :

ذكر الشافعي رحمه الله تعالى : ( أنها لا تخالف الأمة ، غير أنها لا تخرج من ملكه ) .

وجملة ذلك : أن حكم أم الولد حكم الأمة القينة . . فيجوز للسيد وطؤها وأستخدامها وإجارتها .

وقال مالك رحمه الله : ( لا يجوز له إجارتها ) .

دليلنا : قوله ﷺ في حديث ابن عمر ، ولأنه يملك أستخدمها ، فملك إجارتها ، كالمدبرة .

وهل يجوز تزويجها ؟ فيه ثلاثة أقوال :

أحدها : ( يجوز ) وبه قال أبو حنيفة ، وأختاره المزي ، وهو الصحيح ؛ لأنها أمة يملك الاستمتاع بها ، فملك تزويجها ، كالمدبرة . فعلى هذا : له إجبارها على النكاح .

والثاني : يصح تزويجها برضاها ، ولا يصح بغير رضاها ؛ لأنها أمة ثبتت لها الحرية بسبب لا يملك المولى إبطاله فهي كالمكاتبة وفيه احتراز من المدبرة .

والثالث : لا يصح تزويجها بحال ؛ لأن ملك السيد قد ضعف في حقها وهي لم تكمل ، فلم يكن له تزويجها ، كالأخ لا يزوج أخته الصغيرة لضعف ولايته ؛ لأنها لم تكمل .

فإذا قلنا بهذا : فهل يجوز للحاكم تزويجها ؟ فيه وجهان :

أحدهما : يجوز ، وهو قول أبي إسحاق ، وأبي سعيد الإصطخري ؛ لأن تزويجها من طريق الحكم ، والحاكم يملك بالحكم ما لا يملكه الولي ، بدليل : أن الحاكم يجوز له تزويج الذميمة ، ولا يجوز للمسلم تزويج الذميمة بولاية القرابة .

فعلى هذا : لا يصح إلا برضا المكاتب ؛ لأنه يملك الاستمتاع<sup>(١)</sup> بها ، وبتزويجها

(١) في ( م ) : ( الاستعمال ) .

يَحْرُمُ عَلَيْهِ اسْتِمْتَاعُهَا ، وَيَجِبُ لَهَا الْمَهْرُ وَرِضَاها ؛ لِأَنَّ الاسْتِمْتَاعَ لَهَا .

والثاني - وهو قولُ أَبِي عَلِيٍّ بْنِ أَبِي هُرَيْرَةَ - : أَنَّهُ لَا يَصَحُّ ؛ لِأَنَّ الْحَاكِمَ يَنْوِبُ عَنْهُمَا وَهُمَا لَا يَمْلِكَانِ النِّكَاحَ بَأَنْفُسِهِمَا ، فَلَمْ يَجْزِ أَنْ يَنْوِبَ الْحَاكِمُ عَنْهُمَا . وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ .

**مَسْأَلَةٌ :** [منزلة ولد أم الولد بمنزلتها] :

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى : ( وَوَلَدُ أُمِّ الْوَلَدِ بِمَنْزِلَتِهَا ، يَعْتَقُونَ بِعَتْقِهَا ) .  
وجملة ذلك : أَنَّ أُمَّ الْوَلَدِ إِذَا أَتَتْ بِوَلَدٍ مِنْ نِكَاحٍ أَوْ زَنِىٍّ . ثَبَتَ لَهُ مَا يَثْبُتُ لَهَا مِنْ حُرْمَةِ<sup>(١)</sup> الْاسْتِيلَادِ ، فَإِنْ مَاتَ السَّيِّدُ . عَتَقَتْ وَعَتَقَ وَلَدُهَا ؛ لِأَنَّ الْوَلَدَ يَتَّبِعُ أُمَّهُ فِي رَقِّهَا وَحُرِّيَّتِهَا حَالَ وِلَادَتِهَا ، فَيَتَّبِعُهَا أَيْضاً فِي حَكْمِ الْاسْتِيلَادِ ؛ لِأَنَّهُ سَبَبٌ مُسْتَقَرٌّ لِلْحُرِّيَّةِ ، فَجَرَى مَجْرَى الْحُرِّيَّةِ .

فَإِنْ مَاتَتِ الْأُمُّ قَبْلَ مَوْتِ سَيِّدِهَا . مَاتَتْ رَقِيقَةً ؛ لِأَنَّهَا إِنَّمَا تَعْتَقُ بِمَوْتِ سَيِّدِهَا ، فَإِذَا مَاتَتْ قَبْلَهُ . مَاتَتْ رَقِيقَةً ، كَالْمَدْبُورَةِ ، وَلَا يَبْطُلُ مَا ثَبَتَ لِلْوَلَدِ مِنْ حُرْمَةِ<sup>(١)</sup> الْاسْتِيلَادِ ، بَلْ يَعْتَقُ بِمَوْتِ سَيِّدِهِ ؛ لِأَنَّهُ ثَبَتَ لَهُ حَقٌّ مُسْتَقَرٌّ بِحَيَاةِ الْأُمِّ ، فَلَا يَسْقُطُ بِمَوْتِهَا ، كَالْحُرِّيَّةِ .

**فَرْعٌ :** [ملك الرحم المحرمة لا يحل وطأها] :

وَإِذَا مَلَكَ الرَّجُلُ أُخْتَهُ مِنَ النَّسَبِ أَوْ الرِّضَاعِ ، أَوْ عَمَّتَهُ أَوْ خَالَتَهُ ، أَوْ مَلَكَ الْمُسْلِمُ أُمَّةً مَجُوسِيَّةً . . فَلَا يَحِلُّ لَهُ وَطْؤُهَا .

فَإِنْ خَالَفَ وَوَطِئَهَا وَأَحْبَلَهَا . . فَلَا خِلَافَ أَنَّ الْوَلَدَ يَنْعَقِدُ حُرّاً وَيُلْحَقُهُ نَسَبُهُ ، وَتَصِيرُ الْجَارِيَةُ أُمًّا وَلَدٍ لَهُ وَتَعْتَقُ بِمَوْتِهِ ؛ لِأَنَّهَا مَمْلُوكَتُهُ . وَإِنَّمَا حَرُمَ عَلَيْهِ وَطْؤُهَا ، لِلْقَرَابَةِ أَوْ لَكُونِهَا مَجُوسِيَّةً ، فَهُوَ كَمَا لَوْ وَطِئَ أُمَّتَهُ الْحَائِضَ . فَإِنْ كَانَ جَاهِلاً بِالتَّحْرِيمِ . . فَلَا حَدَّ عَلَيْهِ وَلَا تَعْزِيرَ ، وَإِنْ كَانَ عَالِماً بِالتَّحْرِيمِ . . فَهَلْ يَجِبُ عَلَيْهِ الْحَدُّ ؟ فِيهِ قَوْلَانِ :

(١) فِي ( م ) : ( حُرِّيَّة ) .



أحدهما : لا يجبُ عليه ؛ لأنَّ وطأه صادف ملكه ، فهو كما لو وطىء أُمته وهي حائضٌ . فعلى هذا : يُعزَّرُ .

والثاني : يجبُ عليه الحدُّ ؛ لأنَّه وطىء امرأة لا يحلُّ له وطؤها بحالٍ مع العلم بتحريمها ، فهو كما لو وطىء أجنبيةً منه . وإن ملك الكافر أمة كافرة فأسلمت ، فوطئها قبل أن يُزال ملكه عنها وأحبَّلها . . فحكمه حكمُ المسلم إذا وطىء أخته وهي في ملكه ، على ما مضى .

فإذا صارت أُمٌ ولدٍ له . . فُرِّقَ<sup>(١)</sup> بينه وبينها ، وتُرِكَت على يد امرأةٍ ثقةٍ ، وأمرَ بالإنفاقِ عليها إلى أن يموت فتعتق .

وإن كان لليهودي أو النصراني أمةٌ يحلُّ له وطؤها ، فأستولدها . . ثبتَ لها حرمةُ الاستيلادِ وهي مقرَّةٌ تحت يده ، كأُمٍّ ولدِ المسلم . فإن أسلمت قبل موته . . لم تُقَرَّ تحت يده ؛ لأنَّه لا يحلُّ له وطؤها ، ولا يؤمَّرُ بإزالة ملكه عنها ؛ لأنَّه قد ثبتَ لها حكمُ<sup>(٢)</sup> الحرية بالاستيلادِ ، فلا يجوزُ إبطال ذلك عليها .

فعلى هذا : تُتركُ على يد امرأةٍ ثقةٍ ، فإن كان لها صنعةٌ . . أُمِرَتْ بِهَا ، وما كَسَبَتْ . . أنفقَ عليها منه ، وما بقي من كسبها . . يكونُ لسيِّدها . وإن لم يفِ كسبها بنفقتها أو لم يكن لها كسبٌ . . وجبَ على المولى نفقتها ؛ لأنَّها في ملكه . هذا مذهبنا .

وقال أبو حنيفة : ( تستسعي في قيمتها ) . وعن مالك روايتان :

إحداهما : ( تعتق ولا شيءَ عليها ) .

والثانية : ( تباع ) .

فأمَّا الدليلُ على إبطال الاستسعاء : فقد مضى في العتق .

وأمَّا الدليلُ على مالك : فلائنه إسلامٌ من الأمة ، فلا يوجبُ عتقها ، كأمة الكافر إذا

دبَّرها .

(١) في ( م ) : ( حيل ) .

(٢) في نسختين : ( حق ) .

مسألة : [جناية أم الولد قبل موت السيد] :

إذا جَنَتْ أُمُّ الْوَلَدِ عَلَى غَيْرِهَا قَبْلَ مَوْتِ سَيِّدِهَا ، فَإِنْ كَانَتْ جَنَايَةً تَوْجِبُ الْقِصَاصَ . . فالمجنيُّ عليه بالخيار : بَيْنَ أَنْ يَقْتَصَّ وَبَيْنَ أَنْ يَعْفُو ، كما قُلْنَا فِي غَيْرِهَا . وَإِنْ كَانَتْ الْجَنَايَةُ خَطَأً أَوْ عَمْدًا وَعَفَا عَنْهَا عَلَى مَالٍ . . لَزِمَ الْمَوْلَى أَنْ يَفْدِيَهَا ؛ لِأَنَّهُ مُنَعَ مِنْ بَيْعِهَا ، وَلَمْ يَبْلُغْ بِهَا حَالَةَ يَتَعَلَّقُ الْأَرْشُ بِذِمَّتِهَا ، فَلَزِمَهُ الضَّمَانُ ، كما لو جَنَى الْعَبْدُ عَلَى غَيْرِهِ ثُمَّ قَتَلَهُ قَاتِلٌ ، وَلَكِنْ لَا يَلْزِمُهُ إِلَّا أَقَلُّ الْأَمْرَيْنِ مِنْ أَرْشِ الْجَنَايَةِ أَوْ قِيَمَتِهَا قَوْلًا وَاحِدًا ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُ بَيْعُهَا ، بِخِلَافِ الْعَبْدِ الْقِنِّ فِي أَحَدِ الْقَوْلَيْنِ .

فَإِنْ جَنَتْ ، فَقَدَاها السَّيِّدُ ، ثُمَّ جَنَتْ ثَانِيًا . . ففِيهِ قَوْلَانِ :

أَحَدُهُمَا : يَلْزِمُ الْمَوْلَى أَنْ يَفْدِيَ الْجَنَايَةَ الثَّانِيَةَ بِأَقَلِّ الْأَمْرَيْنِ مِنْ أَرْشِهَا أَوْ قِيَمَةِ الْجَارِيَةِ ، وَهُوَ اخْتِيَارُ الْمُزْنِيِّ ؛ لِأَنَّهُ مَانِعٌ بِالْإِحْبَالِ مِنْ بَيْعِهَا عِنْدَ الْجَنَايَةِ الثَّانِيَةِ ، كما أَنَّهُ مَانِعٌ مِنْ بَيْعِهَا عِنْدَ الْأُولَى ، فَلَزِمَهُ الْفِدَاءُ لِلثَّانِيَةِ ، كَالأُولَى .

فَعَلَى هَذَا : يَلْزِمُهُ الْفِدَاءُ لِكُلِّ جَنَايَةٍ جَنَّتْهَا .

وَالثَّانِي : لَا يَلْزِمُهُ إِلَّا أَقَلُّ الْأَمْرَيْنِ مِنْ قِيَمَتِهَا أَوْ أَرْشِ الْجَنَايَاتِ كُلِّهَا ؛ لِأَنَّهُ مُنَعَ مِنْ بَيْعِهَا بِالْإِحْبَالِ ، وَالْإِحْبَالُ إِنَّمَا وَجَدَ مِنْهُ دَفْعَةً وَاحِدَةً ، فَلَمْ يَلْزِمُهُ إِلَّا فِدْيَةُ وَاحِدَةٍ لِلْجَنَايَاتِ كُلِّهَا ، كما لو جَنَى الْعَبْدُ جَنَايَاتٍ ، ثُمَّ قَتَلَهُ آخَرُ .

فَعَلَى هَذَا : إِنْ كَانَ الْمَوْلَى قَدْ دَفَعَ جَمِيعَ الْقِيَمَةِ إِلَى الْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ الْأَوَّلِ . . فَإِنَّ الْمَجْنِيَّ عَلَيْهِ الثَّانِيَ وَالثَّلَاثَ يَشَارِكَانِ الْمَجْنِيَّ عَلَيْهِ الْأَوَّلَ فِيمَا أَخَذَ مِنْهُ مِنَ الْقِيَمَةِ عَلَى قَدْرِ جَنَايَاتِهِمْ<sup>(١)</sup> ؛ لِأَنَّهُ لَا يَلْزِمُ الْمَوْلَى أَكْثَرُ مِنَ الْقِيَمَةِ ، وَقَدْ دَفَعَهَا .

فَإِنْ كَانَ الْمَوْلَى لَمْ يَدْفَعْ جَمِيعَ الْقِيَمَةِ إِلَى الْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ الْأَوَّلِ ، فَإِنْ كَانَ أَرْشُ الثَّانِي مِثْلَ الْبَقِيَّةِ الَّتِي بَقِيَتْ عَلَى الْمَوْلَى مِنْ قِيَمَةِ الْجَارِيَةِ . . دَفَعَ الْمَوْلَى مَا بَقِيَ عَلَيْهِ مِنَ الْقِيَمَةِ إِلَى الثَّانِي . وَإِنْ كَانَ أَرْشُ الْجَنَايَةِ الثَّانِيَةِ أَكْثَرَ مِنْ بَقِيَّةِ الْقِيَمَةِ عَلَى الْمَوْلَى . . ضُمَّتْ بَقِيَّةُ

(١) فِي نَسْخَةٍ : ( جَنَايَتِهَا عَلَيْهِمْ ) .

القيمة على المولى إلى ما أخذه المجني عليه الأول من القيمة ، وقُسمت القيمة على المجني عليهما على قدر أرشهما .

**مسألة :** [ملك الولد الأمة يحرم على الأب وطأها] :

إذا ملك الرجل أمة . . لم يحل لأبيه وطؤها ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ ﴾ إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ ﴿ [المعارج : ٢٩-٣٠] .

وأمة الابن ليست بزوجة للأب ولا ملكاً له ، فإن خالف الأب ووطئها . . فقد فعل فعلاً محرماً ، فإن لم يحبلها . . فالكلام في ثلاثة مواضع ، في الحد ، والمهر ، والقيمة :

فأما ( الحد ) : فإن كان الابن لم يطأها . . لم يجب على الأب الحد ؛ لأن له في مال الابن شبهة ؛ لقوله ﷺ : « أَنْتَ وَمَالُكَ لِأَبْنِكَ » <sup>(١)</sup> .

(١) سلف ، وأخرجه عن عائشة ابن حبان في « الإحسان » ( ٤٢٦٢ ) بإسناد صحيح .  
وأخرجه عن جابر ابن ماجه ( ٢٢٩١ ) في التجارات ، والطحاوي في « شرح معاني الآثار » ( ١٥٨/٤ ) في القضاء ، وابن عدي في « الكامل » ( ١٦٥/٧ ) . وفيه : أن رجلاً قال : يا رسول الله إن لي مالا وولداً وإن أبي يريد أن يحتاج مالي . فقال : « أنت ومالك لأبيك » .  
قال البوصيري في « الزوائد » : هذا إسناد صحيح . وصححه أيضاً ابن القطان كما في « نصب الراية » ( ٣٣٧/٣ ) .

وأخرجه عنه أيضاً الطبراني في « الصغير » ( ٩٤٨ ) بلفظ : جاء رجل إلى النبي ﷺ فقال : يا رسول الله إن أبي أخذ مالي ، فقال النبي ﷺ للرجل : « اذهب فأتني بأبيك » فنزل جبريل عليه السلام على النبي ﷺ فقال : « إن الله يقرئك السلام ويقول : إذا جاءك الشيخ فسله عن شيء قاله في نفسه ما سمعته أذناه » فلما جاء الشيخ قال له النبي ﷺ : « ما بال ابنك يشكوك ؟ أتريد أن تأخذ ماله ؟ » فقال : سله يا رسول الله ، هل أنفقته إلا على عماته أو خالاته أو على نفسي ، فقال النبي ﷺ : « إيه دعنا من هذا ، أخبرنا عن شيء قلت في نفسك ما سمعته أذنك » فقال الشيخ : والله يا رسول الله ما يزال الله يزيدنا بك يقيناً ، لقد قلت في نفسي شيئاً ما سمعته أذناي ، فقال : « قل وأنا أسمع » قال : قلت [من الطويل] :

غذوتك مولوداً ومُنْتَك يافعاً	تعلُّ بما أجني عليك وتنهلُ
إذا ليلة ضافتك بالسقم لم أبت	لُسْقِمِكَ إلا ساهراً أتململُ
كأنني أنا المطروق دونك بالذي	طُرِقتَ به دوني فعيناي تهملُ=

وقوله ﷺ : « إِنَّ أَوْلَادَكُمْ مِنْ كَسْبِكُمْ ، فَكُلُوا مِنْ أَطْيَبِ كَسْبِكُمْ » (١) .

وإذا كان له شبهة في مال الابن . . لم يجب عليه الحد بوطء جاريته ؛ لقوله ﷺ : « أَدْرُوا أَلْحُدُّودَ مَا أَسْتَطَعْتُمْ » .

فإن كان الابن قد وطئها قبل ذلك . . فهل يجب الحد على الأب ؟ فيه وجهان :

أحدهما : لا يجب عليه الحد ؛ لما ذكرناه .

والثاني : يجب عليه الحد ؛ لأنها صارت محرمة على الأب بوطء الابن على التأبيد ، فوجب عليه الحد بوطئها ، كما لو وطئ امرأة ابنه .

قال الشيخ أبو حامد : ويشبهه أن يكون هذان الوجهان مبنيين على القولين فيمن ملك أخته فوطئها .

تخاف الردى نفسي عليك وإنها  
فلما بلغت السن والغاية التي  
جعلت جزائي غلظة وفظاظة  
فليتك إذ لم تزع حق أبوتي  
فأوليتني حق الجوار فلم تكن  
تراه موعدا للخلاف كأنه

قال : فحينئذ أخذ النبي ﷺ بتلايب ابنه وقال : « أنت ومالك لأبيك » قال الطبراني : لا يروى هذا الحديث عن محمد بن المنكدر إلا بهذا التمام ، والشعر إلا بهذا الإسناد ، تفرد به عبيد بن خنصة . قال الهيثمي في « المجمع » ( ١٥٨ / ٤ ) : رواه الطبراني في « الصغرى » و « الأوسط » وفيه من لم أعرفه ، والمنكدر بن محمد ضعيف وقد وثقه أحمد ، والحديث بهذا التمام منكر ، وهو عند السخاوي في « المقاصد الحسنة » ( ١٩٦ ) .

(١) أخرجه عن ابن عمر رضي الله عنهما أحمد في « المسند » ( ١٧٨ / ٢ ) ، وأبو داود ( ٣٥٣٠ ) في البيوع ، وابن ماجه ( ٢٢٩٢ ) في التجارات ، وابن الجارود في « المنتقى » ( ٩٩٥ ) في النحل ، والبيهقي في « السنن الكبرى » ( ٤٨٠ / ٧ ) في النفقات ، باب : نفقة الأبوين وإسناده حسن . وفيه : « أنت ومالك لوالدك ، إن أولادكم من أطيب كسبكم » . قال ابن حبان في معنى ما تقدم : إنه ﷺ زجره عن معاملة أبيه بما يعامل به الأجنيين ، وأمره ببره ، والرفق به في القول والفعل معاً إلى أن يصل إليه ماله ، لا أن مال الابن يملكه أبوه في حياته عن غير طيب نفس من الابن به .



وَأَمَّا ( المهر ) : فكلُّ موضع قلنا : لا يجبُ على الأبِ الحدُّ ، فإنَّ كانَ الابنُ لم يَطأها أو كانَ قد وَطَّئها وقلنا : لا حدَّ على الأبِ بوطئها . . وَجَبَ على الأبِ المهرُ بوطئها ؛ لأنَّه وَطءٌ يَسْقُطُ فِيهِ الحدُّ عَنِ الموطوءةِ ، فوجبَ فِيهِ المهرُ ، كالوطءِ فِي النكاحِ الفاسدِ .

وكلُّ موضع قلنا : يجبُ الحدُّ على الأبِ . . نظرتُ :  
فإنَّ كانَ أكرهها على الوطءِ . . وَجَبَ عليه المهرُ . وإنَّ طاوعتهُ على الوطءِ . . فهل يجبُ المهرُ على الأبِ ؟

حكى أصحابنا البغداديون فِيهِ وجهين :

المنصوصُ : ( أَنَّهُ لَا يَجِبُ ) ؛ لِمَا رَوَى : ( أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَهَى عَنْ مَهْرِ الْبَغْيِ ) <sup>(١)</sup> و ( الْبَغْيُ ) : الزانيةُ . قَالَ اللهُ تَعَالَى : ﴿ يَتَأَخَتِ هَنُورُونَ مَا كَانَ أَبُوكَ أَمْرًا سَوْءًا وَمَا كَانَتْ أُمُّكَ بَغِيًّا ﴾ [مريم : ٢٨] .

وَمِنْ أَصْحَابِنَا مَنْ قَالَ : يَجِبُ عَلَيْهِ الْمَهْرُ ؛ لِأَنَّ الْمَهْرَ لِلْسَيِّدِ ، فَلَمْ يَسْقُطْ بِبَذْلِ الْأَمَةِ .

وَأَصْحَابُنَا الْخِرَاسَانِيُّونَ : يَحْكُونَهُمَا قَوْلَيْنِ :

وَأَمَّا ( قِيمَةُ الْجَارِيَةِ ) : فَإِنَّهَا لَا تَجِبُ عَلَى الْأَبِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُتْلَفْهَا .

فَإِنْ قِيلَ : فَقَدْ صَارَتْ مُحَرَّمَةً بِالْوَطْءِ عَلَى الْإِبْنِ . . قلنا : إِذَا لَمْ يَحْصُلْ نَقْصٌ فِي عَيْنِهَا وَلَا فِي قِيَمَتِهَا . . لَمْ يَجِبْ ضَمَانُهَا ؛ لِأَنَّهَا تَحُلُّ لغيرِهِ .

وَأَمَّا إِذَا أَحْبَلَهَا الْأَبُ . . فَالْكَلَامُ فِي الْحَدِّ وَالْمَهْرِ عَلَى مَا مَضَى ، وَالْوَلَدُ حُرٌّ ثَابِتُ النَّسَبِ مِنَ الْأَبِ .

وَهَلْ تَصِيرُ الْجَارِيَةُ أُمَّ وَلَدٍ لَهُ ؟

(١) أَخْرَجَهُ عَنْ أَبِي مَسْعُودٍ الْبَدْرِيِّ الْبُخَارِيُّ ( ٢٢٣٧ ) فِي الْبَيْوعِ ، وَمُسْلِمٌ ( ١٥٦٧ ) فِي الْمَسَاقَاةِ ، وَأَبُو دَاوُدَ ( ٣٤٨١ ) ، وَالتِّرْمِذِيُّ ( ١٢٧٦ ) ، وَالنَّسَائِيُّ فِي « الصَّغَرَى » ( ٤٦٦٦ ) فِي الْبَيْوعِ ، وَابْنُ مَاجَهَ ( ٢١٥٩ ) فِي التَّجَارَاتِ .



قَالَ الْقَفَّالُ : لَا تَصِيرُ أُمٌّ وَلَدٍ لَهُ قَوْلًا وَاحِدًا .

وَقَالَ الشَّيْخُ أَبُو حَامِدٍ : هَلْ تَصِيرُ الْجَارِيَةُ أُمٌّ وَلَدٍ لَهُ ؟ فِيهِ قَوْلَانِ :

أَحَدُهُمَا : لَا تَصِيرُ أُمٌّ وَلَدٍ لَهُ ، وَهُوَ اخْتِيَارُ الْمُزْنِيِّ ؛ لِأَنَّهَا عَلِقَتْ مِنْهُ فِي غَيْرِ مِلْكِهِ ، فَهُوَ كَمَا لَوْ وَطِئَ أُمَةً بِالنِّكَاحِ فَوَلَدَتْ مِنْهُ .

وَالثَّانِي : أَنَّهَا تَصِيرُ أُمٌّ وَلَدٍ لَهُ .

قَالَ الشَّيْخُ أَبُو حَامِدٍ : وَهُوَ الْأَصَحُّ ؛ لِأَنَّهَا عَلِقَتْ مِنْهُ بِحُرِّ بَحْقِ الْمَلِكِ ، فَثَبَتَ لَهَا حَرَمَةُ الْإِسْتِيلَادِ ، كَمَا لَوْ كَانَتْ فِي مِلْكِهِ .

فَإِذَا قُلْنَا : لَا تَصِيرُ أُمٌّ وَلَدٍ لَهُ . . فَلَا يَجُوزُ لِلابْنِ بَيْعُهَا وَلَا هَبْتُهَا مَا دَامَتْ حَامِلًا ؛ لِأَنَّهَا حَامِلٌ بِحُرٍّ .

وَلِلابْنِ أَنْ يَطَالِبَ الْأَبَ بِقِيَمَةِ الْجَارِيَةِ ؛ لِأَنَّهُ حَالٌ بَيْنَهُ وَبَيْنَ جَارِيَتِهِ ، فَهُوَ كَمَا لَوْ غَضِبَ مِنْهُ جَارِيَةٌ وَأَبْقَتْ مِنْهُ ، فَإِذَا وَضَعَتْ . . رَدَّ الْإِبْنُ الْقِيَمَةَ الَّتِي أَخَذَ مِنَ الْأَبِ إِلَيْهِ ؛ لِأَنَّ الْحِيلُولَةَ قَدْ زَالَتْ .

وَحَكَى الطَّبْرِيُّ فِي « الْعُدَّةِ » : أَنَّ مِنْ أَصْحَابِنَا مَنْ قَالَ : لَيْسَ لَهُ مَطَالِبَتُهُ بِالْقِيَمَةِ ؛ لِأَنَّ الْإِبْنَ يَقْدِرُ عَلَى الْإِنْتِفَاعِ بِهَا بِالِاسْتِخْدَامِ وَالْإِجَارَةِ .  
وَالأَوَّلُ هُوَ الْمَشْهُورُ .

فَإِذَا وَضَعَتِ الْجَارِيَةُ الْوَلَدَ . . وَجَبَ عَلَى الْأَبِ لِلابْنِ قِيَمَةُ الْوَلَدِ يَوْمَ الْوَضْعِ ؛ لِأَنَّهُ كَانَ فِي سَبِيلِهِ أَنْ يَكُونَ مَمْلُوكًا ، وَقَدْ حَالَ الْأَبُ بَيْنَ الْإِبْنِ وَبَيْنَ رَقِّهِ .

فَإِنْ مَلَكَ الْأَبُ الْجَارِيَةَ بَعْدَ ذَلِكَ . . فَهَلْ تَصِيرُ أُمٌّ وَلَدٍ لَهُ ؟ فِيهِ قَوْلَانِ ، كَمَا لَوْ وَطِئَ جَارِيَةً غَيْرَهُ بِشَبْهَةٍ فَحَمَلَتْ<sup>(١)</sup> مِنْهُ ، ثُمَّ مَلَكَهَا .

وَإِذَا قُلْنَا بِالْقَوْلِ الْآخِرِ : وَأَنَّهَا تَصِيرُ أُمٌّ وَلَدٍ لِلأَبِ . . لَزِمَهُ أَنْ يَغْرَمَ لِلابْنِ قِيَمَةَ الْجَارِيَةِ فِي الْحَالِ ، سَوَاءً كَانَ الْأَبُ مُوسِرًا أَوْ مُعْسِرًا . بِخِلَافِ الشَّرِيكِ فِي الْجَارِيَةِ إِذَا أَسْتَوْلَدَهَا ، فَإِنَّهُ لَا يَلْزِمُهُ قِيَمَةُ نَصِيبِ شَرِيكِهَا إِذَا كَانَ مُعْسِرًا ؛ لِأَنَّا نَجْعَلُ الْجَارِيَةَ أُمًّا

(١) فِي ( م ) : ( فَحَبِلَتْ ) .

ولِدٍ للشريكِ نظراً للشريكِ ، ولا نظراً له عند إيسارِ الشريكِ ، وهاهنا نجعلها أمَّ وَلِدٍ له نظراً للأبوةَ ، والأبوةُ موجودةٌ في الحالينِ ، ولا يلزمُ الأبَ قيمةُ الولدِ ؛ لأنها تَضَعُهُ في ملكه .

فرعٌ : [ملكُ الأبِ الأمةَ يحرمها على ولده] :

إذا ملكَ الرَّجُلُ جاريةً . . لم يحلَّ لولدهِ وطؤها ؛ لأنها ليستُ بزوجةٍ له ولا ملكٍ .  
فإن خالفَ الابنُ ووطئها ، فإن كانَ عالماً بالتحريمِ . . فعليه الحدُّ بوطئها . فإن أكرهها على الوطءِ ، فعليه المهرُ للأبِ . وإن طأعتهُ على الوطءِ . . فهل يجبُ عليه المهرُ ؟ فيه وجهان :

المنصوصُ : ( أنه لا يجبُ ) فإن أتت منه بولِدٍ . . لم يلحقهُ نَسَبُهُ ؛ لأنه زانٍ ، والزاني لا يلحقهُ النَّسَبُ ، ويكونُ الولدُ مملوكاً للأبِ .

وإن كانَ الابنُ جاهلاً بالتحريمِ ، بأن كانَ قريبَ العهدِ بالإسلامِ أو نشأ في باديةٍ . . لم يجبُ عليه الحدُّ ؛ لأنَّ ذلكَ شبهةٌ توجبُ سقوطَ الحدِّ ، ويجبُ عليه المهرُ .

قالَ الشيخُ أبو حامدٍ : ويكونُ الولدُ مملوكاً للجدِّ ؛ لأنها عَلِقَتْ به في غيرِ ملكٍ ولا شبهةٍ ملكٍ ، ويعتقُ على الجدِّ ؛ لأنه أبْنُ أبْنِهِ ، ولا يجبُ على الابنِ قيمتهُ ؛ لأنه إنما عتقَ على الأبِ بملكه له لا بفعلِ الابنِ ، فلم يلزمهُ قيمتهُ ، ولا تصيرُ الجاريةُ أمَّ وَلِدٍ للابنِ بلا خلافٍ ؛ لأنه لا ملكَ له فيها ولا شبهةٍ ملكٍ .

وبالله التوفيقُ

\* \* \*

## بابُ الْوَلَاءِ<sup>(١)</sup>

الأصلُ في ثبوتِ الْوَلَاءِ : قوله تعالى : ﴿ ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ ﴾ [الأحزاب : ٥] .

وروي عن النبي ﷺ : أَنَّهُ قَالَ : « الْوَلَاءُ لُحْمَةٌ كُلُّحِمَةِ النَّسَبِ ، لَا يُبَاعُ وَلَا يُوهَبُ »<sup>(٢)</sup> .

فإذا أعتق الرجلُ عبداً أو أمةً عتقاً منجزاً ، أو علّقَ عتقه بصفةٍ فوجدتِ الصفةُ ، أو دبّره ، أو كاتبه فعتق عليه . . ثبت له عليه الْوَلَاءُ ؛ لقوله ﷺ : « الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ »<sup>(٣)</sup> .

(١) الْوَلَاءُ - بفتح الواو والمد - لغة : القرابة . كما في الحديث الآتي ، مأخوذ من الوليِّ بمعنى الموالاة ، وهي المناصرة والقرابة والمعاونة ، فبه تحصل قرابة حكمية حاصلة من العتق ضد المعاداة ، وسببه نعمة المعتق على عتيقه ، وهو من أحد أسباب الميراث ، وشرعاً : عصبوبة سببها زوال ملك عن الرقيق الحرية ، وهي ناشئة بعد زوال الملك متراخية عن عصبوبة النسب .

(٢) أخرجه عن ابن عمر الشافعي في « ترتيب المسند » ( ٢٣٧ / ٢ ) ، وابن حبان في « الإحسان » ( ٤٩٥٠ ) ، والحاكم في « المستدرک » ( ٣٤١ / ٤ ) - وصححه ولم يوافقه الذهبي - في الفرائض ، والبيهقي في « السنن الكبرى » ( ٢٩٢ / ١٠ ) في الْوَلَاءِ . قال ابن حجر في « تلخيص الحبير » ( ٢٣٥ / ٤ ) : قال في « المعرفة » : كأن الشافعي حدث به من حفظه فنسي عبيد الله بن عمر من إسناده ، وقد رواه محمد بن الحسن في كتاب « الْوَلَاءِ » له عن أبي يوسف ، عن عبيد الله بن عمر ، عن عبد الله بن دينار به . . . . فانظره .

ورواه عن الحسن البصري البيهقي في « السنن الكبرى » ( ٢٩٢ / ١٠ ) مرسلًا ثم قال : هذا الحديث خطأ لأن الثقات لم يرووه هكذا .

وعن سعيد بن المسيب رواه سعيد بن منصور في « السنن » ( ٢٨٤ ) ، وعبد الرزاق في « المصنف » ( ١٦١٤٩ ) وهو صحيح بطرقه وشواهده . اللَّحْمَةُ - بالضم - : القرابة . قال ابن الأعرابي : لحمة القرابة ولحمة الثوب مفتوحان واللحم ما يصاد به الصيد ، وعامة الناس يقولون لحمة في الثلاثة .

(٣) أخرجه عن عائشة الصديقة البخاري ( ٢١٥٦ ) في البيوع ، ومسلم ( ١٥٠٤ ) ، وسعيد بن منصور في « السنن » ( ٢٧٩ ) في العتق .

وكذلك إذا استولد الرجلُ جاريةً فماتَ قبلَها . . عتقتُ عليه وثبتَ له عليها الولاءُ ؛  
لأنَّها عتقتُ عليه بالاستيلاد ، فهو كما لو باشرَ عتقَها .

**مسألة :** [الولاء لسائل العتق عنه] :

إذا قال الرجلُ لغيره : أعتقُ عبدَكَ عني على مئةِ درهمٍ ، فأعتقه عنه . . عتقَ عنِ  
السائلِ ، وكانت عليه المئةُ ، وثبتَ الولاءُ للسائلِ ؛ لأنَّه عتقَ عنه بعوضٍ ، فهو كما لو  
أشتراهُ وأعتقه .

وإن قال : أعتقُ عبدَكَ عني ، فأعتقه المولى عنه . . عتقَ عنِ السائلِ ، وكان الولاءُ  
للسائلِ ، كما لو أتَّهبهُ وأعتقه .

وإن قال : أعتقُ عبدَكَ على مئةٍ ولم يقل : عني ، فقال المولى : هو حرٌّ . . عتقَ  
العبدُ ، وأستحقَّ مولاهُ المئةَ على السائلِ . وفي ولاءِ العبدِ وجهانٍ ، حكاهما القاضي  
أبو الطَّيِّب :

أحدهما : أنَّه للسائلِ ؛ لأنَّه أعتقه بعوضٍ بذلهُ عنِ العبدِ المُعتقِ ، فوجبَ أن يكونَ  
العتقُ عمَّن عليه العوضُ والولاءُ له ، كما لو قال : أعتقُ عبدَكَ عني .

والثاني : يكونُ الولاءُ للمُعتقِ دونَ السائلِ ؛ لأنَّه لم يطلبِ العتقَ عن نفسه ، فهو  
كما لو قال له : أعتقُ عبدَكَ ولم يبذلْ له عوضاً ، ويكونُ بذلُ العوضِ هاهنا لافتداءِ  
العبدِ دونَ استحقاقِ الولاءِ ، كما لو قال : طلقِ امرأتَكَ على مئةٍ .

وإن قال : أعتقُ أمَّ وَلَدِكَ هذه على مئةِ درهمٍ ، فقال المولى : هي حرَّةٌ . . عتقتُ ،  
وأستحقَّ مولاهُ المئةَ على الباذلِ لها ، وكانَ ولاؤها للمُعتقِ ، ولا يختلفُ أصحابنا في  
ذلك ؛ لأنَّ نقلَ الملكِ فيها لا يصحُّ ، وإعتاقُها تعجيلٌ للعتقِ المستحقِّ بالإحبالِ ،  
وبذلُ المئةِ لافتدائها .

وإن قال : أعتقُ أمَّ وَلَدِكَ عني على مئةِ درهمٍ ، أو لك مئةٌ ، فقال : هي حرَّةٌ . .  
عتقتُ ، ولم يستحقَّ المولى المئةَ على الباذلِ ؛ لأنَّه بذلها ليكونَ العتقُ عنه ، والعتقُ  
هاهنا عنِ المُعتقِ والولاءُ له ، فلا يستحقُّ عليه عوضاً .

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى : ( وَإِنْ قَالَ رَجُلٌ لِعَبْدِهِ : أَنْتَ حُرٌّ عَنْ فُلَانٍ ، وَلَمْ يَأْمُرْهُ بِالْحَرِّيَّةِ ، وَقَبِلَ الْمَعْتَقُ عَنْهُ ذَلِكَ بَعْدَ الْعَتَقِ أَوْ لَمْ يَقْبَلْهُ . . فُسَوَاءٌ ، وَهُوَ حُرٌّ عَنْ نَفْسِهِ لَا عَنِ الَّذِي أَعْتَقَهُ عَنْهُ ، وَلَا وَهُ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ أَعْتَقَهُ ) .

فَرَعٌ : [لَمَنْ الْوَلَاءُ لَوْ كَانَ الْمُشْتَرِي الْعَبْدَ نَفْسَهُ] :

وَإِنْ بَاعَ الرَّجُلُ عَبْدَهُ مِنْ نَفْسِهِ ، وَقُلْنَا : يَصَحُّ . . فَإِنَّهُ يَعْتَقُ عَلَيْهِ ، وَفِي وَلَائِهِ وَجْهَانِ :

أَحَدُهُمَا : أَنَّ الْوَلَاءَ يَكُونُ لِسَيِّدِهِ الَّذِي بَاعَهُ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَثْبُتْ عَلَيْهِ رَقٌّ غَيْرِهِ .

وَالثَّانِي : لَا وَلَاً عَلَيْهِ لِأَحَدٍ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَعْتَقْ عَلَيْهِ فِي مِلْكِهِ ، وَالْعَبْدُ لَا يَمْلِكُ الْوَلَاءَ عَلَى نَفْسِهِ ، فَلَمْ يَكُنْ لَهُ عَلَيْهِ وَلَاً .

وَإِذَا مَلَكَ الْحُرُّ أَحَدَ وَالِدَيْهِ أَوْ مَوْلُودِيهِ . . عَتَقَ عَلَيْهِ ، وَثَبَتَ لَهُ عَلَيْهِ الْوَلَاءُ ؛ لِأَنَّهُ عَتَقَ عَلَيْهِ فَثَبَتَ لَهُ الْوَلَاءُ عَلَيْهِ ، كَمَا لَوْ بَاشَرَ عَتَقَهُ .

مَسْأَلَةٌ : [الْوَلَاءُ لِلْمُسْلِمِ فِي عَتَقِهِ الْكَافِرِ] :

وَإِنْ أَعْتَقَ مُسْلِمٌ عَبْدًا كَافِرًا . . ثَبَتَ لَهُ الْوَلَاءُ عَلَيْهِ ؛ لِقَوْلِهِ ﷺ : « أَلْوَلَاءُ لُحْمَةٍ كُلُّحْمَةٍ النَّسَبِ » . فَشَبَّهَ الْوَلَاءَ بِالنَّسَبِ ، وَالنَّسَبُ يَثْبُتُ مَعَ اخْتِلَافِ الدِّينِ ، فَكَذَلِكَ الْوَلَاءُ ، وَلَكِنْ لَا يَرِثُهُ الْمَوْلَى . وَقَالَ الثَّوْرِيُّ : يَرِثُهُ .

دَلِيلُنَا : قَوْلُهُ ﷺ : « لَا يَتَوَارَثُ أَهْلُ مِلَّتَيْنِ » <sup>(١)</sup> .

(١) أَخْرَجَهُ عَنْ جَابِرِ التِّرْمِذِيِّ ( ٢١٠٩ ) فِي الْفَرَائِضِ وَقَالَ : هَذَا حَدِيثٌ لَا نَعْرِفُهُ مِنْ حَدِيثِ جَابِرٍ إِلَّا مِنْ حَدِيثِ ابْنِ أَبِي لَيْلَى ، وَفِي الْبَابِ :

رَوَاهُ عَنْ ابْنِ عَمْرٍو رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا أَبُو دَاوُدَ ( ٢٩١١ ) ، وَابْنُ مَاجَهَ ( ٢٧٣١ ) فِي الْفَرَائِضِ ، وَزَادَ نَسْبَتَهُ الْحَافِظُ فِي « تَلْخِيصِ الْحَبِيرِ » ( ٩٧ / ٣ ) إِلَى أَحْمَدَ وَالنَّسَائِي وَالْدارَقُطْنِي وَابْنِ السَّكَنِ ، وَأَخْرَجَهُ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ الْبَزَارِيُّ بِلَفْظٍ : « لَا تَرِثُ مِلَّةٌ مِنْ مِلَّةٍ » وَفِيهِ عَمْرُ بْنُ رَاشِدٍ قَالَ : إِنَّهُ تَفَرَّدَ بِهِ وَهُوَ لَيْنُ الْحَدِيثِ . وَالْحَدِيثُ بِمَعْنَى « لَا يَرِثُ الْمُسْلِمُ الْكَافِرَ » فَجَعَلَ الثَّانِي بَيَانًا لِلأَوَّلِ فَدَلَّ عَلَى أَنَّ الْمُرَادَ بِالْمِلَّتَيْنِ : الْإِسْلَامَ وَالْكَفْرَ .



وإن أعتق كافرٌ عبداً مسلماً . ثبت له عليه الولاء ولا يرثه .

وقال مالك : ( لا يثبت له عليه الولاء ) .

ودليلنا : قوله ﷺ : « الولاء لمن أعتق » ولم يفرق .

وقوله ﷺ : « الولاء لخدمة كل خدمة النسب » والنسب يثبت مع اختلاف الدين ، فكذلك الولاء .

فرع : [ يبقى ولاء المعتق ولو صار حربياً ] :

وإن أعتق المسلم عبداً نصرانياً ، فلحق النصراني بدار الحرب ، فسبي . لم يجز أسترقاؤه ؛ لأن في ذلك إبطال ما ثبت للمسلم من الولاء عليه .

فإن أعتق ذمي عبداً ذمياً ، فلحق العبد المعتق بدار الحرب ثم سبي . فهل يجوز أسترقاؤه ؟ فيه وجهان :

أحدهما : لا يجوز ؛ لأن في ذلك إبطال ما ثبت لمولاه من الولاء ، وقد أمرنا بحفظ أموالهم كأموالنا .

والثاني : يجوز أسترقاؤه ؛ لأن السيد لو لحق بدار الحرب . . لجاز أسترقاؤه ، فكذلك عبده .

فرع : [ عتق حربي لحربي يثبت له الولاء ] :

وإن أعتق حربي عبداً حربياً . . صح عتقه ، وثبت له عليه الولاء .

وقال أبو حنيفة : ( لا يصح عتقه ، ولا ولاية له عليه ، وله أن يوالي من شاء ) .

دليلنا : أن كل من صح عتقه في عبده المسلم . . صح عتقه في عبده الكافر ،

كالمسلم . وإذا صح عتقه . . ثبت له عليه الولاء ؛ لقوله ﷺ : « الولاء لمن أعتق » وهذا معتق .

مسألة : [الولاء للمعتق] :

ولا يثبت الولاء لغير المعتق ، فإن أسلم رجل على يد رجل . . لم يثبت له عليه الولاء .

وقال إسحاق بن راهويه<sup>(١)</sup> : يثبت له عليه الولاء .

دليلنا : قوله ﷺ : « الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ » فدلّ على أنه لا ولاء لغير المعتق .

وإن ألتقط رجل لقيطاً . . لم يثبت له عليه الولاء .

وحكي عن عمر رضي الله عنه : أنه قال للذي ألتقط لقيطاً : ( لك ولاؤه ، وعلينا رضاعه ) .

دليلنا : ما ذكرناه من الخبر ، وما روي عن عمر . . فيحتمل أنه أراد بذلك ولاء حضانتِهِ .

فرع : [أعتق سائبة فله ولاؤه] :

وإن أعتق عبداً سائبة<sup>(٢)</sup> . . عتق ، وكان ولاؤه له . وبه قال أبو حنيفة .

وقال مالك : ( يعتق ، ولا يكون له ولا عليه ولاؤه ، وإنما يكون ولاؤه للمسلمين ) .

دليلنا : قوله تعالى : ﴿ مَا جَعَلَ اللَّهُ مِنْ بَحِيرَةٍ وَلَا سَائِبَةٍ وَلَا وَصِيلَةٍ ﴾ [المائدة : ١٠٣] .

وقيل : إن المراد به : ما كانوا يعتقونه من السوائب .

ولأن عتقه صادف ملكه ، فكان الولاء له ، كما لو أطلق .

(١) في حاشية نسخة : ( اختلفوا في راهويه وما أشبهه من نحو عمرويه ، وزنجويه ، ونفطويه : الكوفيون يقولون : راهويه وعمرويه وزنجويه وهو اختيار المحدثين ، وعند البصريين لا يجوز إلا راهويه وعمرويه وزنجويه . من « مشيخة سنن أبي داود » . لفظاً ) .

(٢) السائبة : العبد يعتق ، ولا يكون لمعتقه عليه ولاء ، فيضع ماله حيث شاء ، وهو الذي قد ورد النهي عنه .

إِذَا ثَبِتَ هَذَا : فَإِذَا قَالَ لِعَبْدِهِ : أَنْتَ سَائِبَةٌ . . كَانَ ذَلِكَ كُنَايَةً فِي الْعَتَقِ ، فَإِنْ نَوَى بِهِ الْعَتَقَ . . عَتَقَ ، وَإِنْ لَمْ يَنْوِ بِهِ الْعَتَقَ . . لَمْ يَعْتَقْ .

فرعٌ : [ لا يباع الولاء ولا يوهب ] :

ولا يصحُّ بيعُ الولاء ولا هبته ؛ لما روى ابنُ عمرَ : أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « أَلْوَلَاءُ لُحْمَةٌ كُلُّحْمَةٍ النَّسَبُ لَا يُبَاعُ وَلَا يُوهَبُ » .

وروى ابنُ عمرَ : ( أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَهَى عَنْ بَيْعِ الْوَلَاءِ وَعَنْ هِبَتِهِ )<sup>(١)</sup> .  
ولأنَّ الْوَلَاءَ كَالنَّسَبِ ، وَالنَّسَبُ لَا يَصْحُحُ بَيْعُهُ وَلَا هِبَتُهُ ، فَكَذَلِكَ الْوَلَاءُ .

مسألةٌ : [ ثبوت الميراث للمولى المعتق ] :

قالَ الشافعيُّ رحمهُ الله تعالى : ( فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ عَصَبَةٌ بِرَحِمٍ تَرُثُ . . فَالْمَوْلَى الْمَعْتَقُ ) .

وجملةُ ذلكَ : أَنَّ الْوَلَاءَ يُورَثُ بِهِ ؛ لما روى ابنُ عمرَ : أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « أَلْوَلَاءُ لُحْمَةٌ كُلُّحْمَةٍ النَّسَبُ فَشَبَّهَ الْوَلَاءَ بِالنَّسَبِ ، وَالنَّسَبُ يُورَثُ بِهِ ، فَكَذَلِكَ الْوَلَاءُ » .

وروى واثلةُ بنُ الأسقع : أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « تَحْوزُ الْمَرْأَةُ ثَلَاثَةَ مَوَارِيثَ : عَتِيقَهَا ، وَلَقِيطَهَا ، وَوَلَدَهَا الَّذِي لَا عَنَتَ عَلَيْهِ »<sup>(٢)</sup> .

(١) أخرجه عن ابن عمر رضي الله عنهما مالك في « الموطأ » ( ٧٨٣ / ٢ ) ، والشافعي في « ترتيب المسند » ( ٢٣٦ / ٢ ) و ( ٢٣٩ ) و ( ٢٤٠ ) ، والبخاري ( ٢٥٣٥ ) ، ومسلم ( ١٥٠٦ ) في العتق ، وأبو داود ( ٢٩١٩ ) في الفرائض ، والترمذي ( ١٢٣٦ ) ، والنسائي في « الصغرى » ( ٤٦٥٧ ) وإلى ( ٤٦٥٩ ) في البيوع ، وابن ماجه ( ٢٧٤٧ ) و ( ٢٧٤٨ ) في الفرائض .

(٢) أخرجه عن واثلة بن الأسقع أبو داود ( ٢٩٠٦ ) ، والترمذي ( ٢١١٦ ) ، وابن ماجه ( ٢٧٤٢ ) ، والدارقطني في « السنن » ( ٨٩ / ٣ و ٩٠ ) ، وصححه الحاكم في « المستدرک » ( ٣٤٠ - ٣٤١ ) ، والبيهقي في « السنن الكبرى » ( ٢٥٩ / ٦ ) في الفرائض .

قال الترمذي : حسن غريب لا يعرف إلا من هذا الوجه من حديث محمد بن حرب ، وفي =

فنصّ : على أنّ المرأة تَرِثُ عتيقها لئِنَّهَ بِها على الرّجل ؛ لأنّ الرّجل قد يَرِثُ بجهةٍ ولا تَرِثُ بِها المرأة ؛ فإذا كانتِ المرأة تَرِثُ عتيقها . . فالرّجلُ بذلك أولى .

وأما قوله : ( ولقيطها ) فيحتملُ أنّه أرادَ أنّها<sup>(١)</sup> تحوزُ ميراثها منه إذا ادّعتُ نسبَهُ .

إذا ثبتَ هذا : فإنّ الولاءَ مؤخّرٌ عن النّسبِ .

فإذا أعتقَ الرّجلُ عبداً ثمّ ماتَ العبدُ ، فإنّ كانَ له عَصْبَةٌ مِنَ النّسبِ . . كانَ أحقَّ بميراثِهِ . وإنّ لم يكنْ له عَصْبَةٌ . . ورثَهُ المولى المُعتقُ ؛ لقوله ﷺ : « الولاءُ لُحْمَةٌ كُلُّحْمَةِ النّسبِ » فشَبَّةُ الولاءِ بالنّسبِ ، والمشَبَّةُ بالشيءِ أضعفُ مِنَ المشَبَّةِ بِهِ ، كقوله ﷺ : « يَحْرُمُ مِنَ الرّضاعِ ما يَحْرُمُ مِنَ النّسبِ »<sup>(٢)</sup> وتحريمُ النّسبِ المشَبَّةِ بِهِ أقوى وأكدُ .

قالَ القاضي أبو الطيّبِ : ولأنّ المسلمينَ أجمعوا على تقديمِ الإرثِ بالنّسبِ ، لا نعلمُ بينهم خلافاً في ذلك .

وإنّ خَلَفَ المُعتقُ مَنْ لَهُ فرضٌ يَسْتغرقُ جميعَ تركتهِ . . قُدِّموا على المولى ؛ لأنَّهُم إذا قُدِّموا على العَصْبَةِ الذين يُقَدِّمونَ على المولى . . فلاَنُ يُقَدِّموا على المولى أولى .

وإنّ خَلَفَ مَنْ لَهُ فرضٌ لا يَسْتغرقُ جميعَ التركةِ ، بأنّ ماتَ وخَلَفَ ابنةً أو أختاً . . فإنّ صاحبَ الفرضِ يأخذُ فرضَهُ والباقي للمولى ؛ لما روي : ( أنّ ابنةَ حَمْزَةَ أعتقتُ

= لفظ : « المرأة تحرز ثلاثة موارث » .

(١) في نسختين : ( بها ) .

(٢) طرف حديث أخرجه عن ابن عباس البخاري ( ٢٦٤٥ ) في الشهادات ، ومسلم ( ١٤٤٧ )

( ١٣ ) في الرضاع بلفظه . وفي الباب :

أخرجه عن عائشة مالك في « الموطأ » ( ٦٠٧/٢ ) ، والشافعي في « ترتيب المسند »

( ٥٩/٢ ) ، والبخاري ( ٢٦٤٦ ) ، ومسلم ( ١٤٤٤ ) ، والنسائي في « الصغرى »

( ٣٣١٣ ) ، وابن الجارود في « المنتقى » ( ٦٨٧ ) ، والبيهقي في « السنن الكبرى »

( ١٥٩/٧ ) . بلفظ : « إن الرضاعة يحرم منها ما يحرم من الولادة » و : « يحرم من الرضاع

ما يحرم من الولادة » .

مملوكاً لها فمات وخلف أبنته وأبنة حمزة ، فجعل النبي ﷺ لابنته النصف ، ولابنة حمزة النصف <sup>(١)</sup> .

فرع : [انتقال الولاء لعصبات المولى] :

فإن مات العبد المعتق وقد مات مولاة الذي أعتقه . . فإن ولأه ينتقل إلى عصبه مولاة ، فيكون الميراث لهم ؛ لأن المولى عصبه ، فجاز أن ترث عصباته ، كالأخ لما كان عصبه . . ورث عصباته ، وهو ابن الأخ ، كذلك المولى .

إذا ثبت هذا : فإن الولاء يكون لعصبه المولى دون سائر ورثته ؛ لأن الولاء يورث به ولا يورث ؛ لقوله ﷺ : « الولاء لخمّة كلخمّة النسب ، لا يباع ولا يوهب ، ولا يورث » .

فإذا مات العبد المعتق وخلف ابن مولاة وأبنة مولاة ، أو أخا مولاة وأخت مولاة . . فإن الميراث يكون لابن المولى دون أبنة المولى ، أو لأخ المولى دون أخت المولى . وبه قال كافة أهل العلم إلا شريحاً وطاووساً فإنهما قالا : لا ميراث <sup>(٢)</sup> بين ابن المولى وأبنة المولى ، أو بين أخ المولى وأخت المولى .

دليلنا : أن الإرث بالولاء إرث بالتعصيب المجرد دون الرّحم ، والتعصيب لابن المولى وأخيه دون أبنته وأخته ، فإذا اجتمع مع أخته . . لم يعصّبها ؛ لأن الذكر - الابن والأخ - إنما يعصّب أخته ما دام النسب على قرب ، فإذا بعد . . لم يعصّبها ، ولأن

(١) أخرجه عن ابن عباس الدارقطني في « السنن » ( ٨٣/٤ - ٨٤ ) في الفرائض . وفي الباب :

روى عن عبد الله بن شداد بن الهاد - أن بنت حمزة أعتقت - النسائي في « الكبرى » ( ٦٣٩٨ ) و ( ٦٣٩٩ ) ، وابن ماجه ( ٢٧٣٤ ) ، وسعيد بن منصور في « السنن » ( ١٧٣ ) و ( ١٧٤ ) ، وابن أبي شيبة في « المصنف » ( ٣٣٩/٧ و ٣٤٠ ) في الفرائض .

قال في « تلخيص الحبير » ( ٩٣/٣ ) : وفي إسناد ابن أبي ليلى القاضي أعلمه النسائي بالإرسال ، وصحح هو والدارقطني الطريق المرسل ، وصرح الحاكم في « المستدرک » في هذا الحديث بأن اسمها أمامة .

(٢) في نسخة : ( ميراثه ) .



الابن والأخ يُعَصَّبُ أُخْتُهُ فِي النَّسَبِ لِقُرْبِهِ ، وَأَبْنُ الْأَخِ وَالْعَمُّ وَأَبْنُ الْعَمِّ لَا يُعَصَّبُ أُخْتُهُ لِبُعْدِهِ ، وَأَبْنَةُ الْمَوْلَى وَأُخْتُهُ أَبْعَدُ مِنْ أَبْنَةِ الْأَخِ وَأَبْنَةِ الْعَمِّ ، فَلِذَلِكَ لَمْ تَرْتِ<sup>(١)</sup> .

وإن اجتمع أبْنُ مَوْلَى وَأَبْنُ أَبِي مَوْلَى . . فإن الميراث لابن المولى دون أبْنِ أَبِي مَوْلَى . وبه قال أكثر أهل العلم .

وقال شريح وطاؤوس : يكون المال بينهما نصفين .

دليلنا : ما روي عن عُمَرَ وَعُثْمَانَ وَعَلِيٍّ وَزَيْدِ بْنِ ثَابِتٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ : أَنَّهُمْ قَالُوا : ( الْوَلَاءُ لِلْكَبِيرِ )<sup>(٢)</sup> . و( الْكَبِيرُ ) الْأَقْرَبُ .

ولأنَّ الْوَلَاءَ يُسْتَحَقُّ بِالتَّعَصُّبِ وَيُسْتَفَادُ بِهِ ، ثُمَّ الْإِبْنُ يُقَدِّمُ عَلَى أَبِي الْإِبْنِ فِي الْمِيرَاثِ بِالنَّسَبِ ، فَكَذَلِكَ فِي الْمِيرَاثِ بِالْوَلَاءِ .

فإن لم يكن له أبْنُ مَوْلَى . . فأبْنُ أَبِي مَوْلَى وإن سفل .

وإن اجتمع أبْنُ مَوْلَى وَأَبُو مَوْلَى . . فأختلف الناس فيه على ثلاثة مذاهب :

[الأول] : مذهبنا : أنَّ الميراث كله لابن المولى دون أبي المولى . وبه قال مالك وأبو حنيفة .

[الثاني] : ذهب النخعي والشعبي وأبو يوسف وأحمد وإسحاق إلى : ( أنَّ لأبي المولى السُّدُسَ ، والباقي لابن المولى ) .

[الثالث] : ذهب الثوري إلى : أنَّ المال بينهما نصفين .

(١) في هامش نسخة : ( النظر في منع النساء الإرث بالولاء لأجل عدم التعصيب ، وليس النظر فيه إلى القرب والبعد ) .

(٢) أخرج خبر عمر وعليّ وزيد عبد الرزاق في « المصنف » ( ١٦٢٣٨ ) ، والدارمي في « السنن » ( ٤٠٠ / ٢ ) ، والبيهقي في « السنن الكبرى » ( ٣٠٣ / ١٠ ) في الولاء ، باب : الولاء للكبير . وأخرج خبر عثمان البيهقي في « السنن الكبرى » ( ٣٠٣ / ١٠ ) ، وذكره في « كنز العمال » ( ٢٩٦٩٦ ) .

وفي نسخة زيادة : ( ابن عمر ) وقد ذكره عنه ابن قدامة في « المغني » ( ٣٧٦ / ٦ ) في الولاء .

دليلنا : ما روي : ( أَنَّ عَلِيًّا وَالزَّبِيرَ أَخْتَصَمَا إِلَى عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ فِي مِثْلِ هَذِهِ الْقَضِيَّةِ ، فَحَكَمَ عُمَرُ أَنَّ الْمِيرَاثَ لِابْنِ الْمَوْلَى دُونَ أَبِي الْمَوْلَى ) . وَرَوَى ذَلِكَ عَنْ زَيْدِ بْنِ ثَابِتٍ <sup>(١)</sup> .

وَلِأَنَّ الْوَلَاءَ إِنَّمَا يُورَثُ بِالتَّعْصِيبِ الْمَخْضَرِ ، بِدَلِيلٍ : أَنَّ ابْنَةَ الْمَوْلَى وَأُخْتَهُ لَا يَرِثَانِ بِالْوَلَاءِ ، وَمَعْلُومٌ أَنَّ الْإِبْنَ وَالْأَبَ إِذَا اجْتَمَعَا . . سَقَطَ تَعْصِيبُ الْأَبِ بِتَعْصِيبِ الْإِبْنِ ، وَإِنَّمَا يَبْقَى لَهُ حَقُّ الرَّحِمِ ، وَالْوَلَاءُ لَا يُورَثُ بِهِ بِالرَّحِمِ .

إِذَا ثَبَتَ هَذَا : فَإِنَّهُ إِذَا بَقِيَ أَحَدٌ مِنَ الْبَنِينَ وَإِنْ سَفَلَ . . فَإِنَّهُ مُقَدَّمٌ عَلَى الْأَبِ ، كَمَا قُلْنَا فِي الْمِيرَاثِ بِالنَّسَبِ .

وَإِنْ لَمْ يَكُنْ هُنَاكَ أَحَدٌ مِنَ بَنِي الْمَوْلَى وَهُنَاكَ أَبُو الْمَوْلَى . . كَانَ الْوَلَاءُ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ هُنَاكَ أَحَدٌ مِنَ الْعَصَبَاتِ أَقْرَبَ مِنْهُ ؛ لِأَنَّ بَاقِيَ الْعَصَبَاتِ - غَيْرَ الْبَنِينَ - يُدْلُونَ بِالْأَبِ ، فَكَانَ مُقَدَّمًا عَلَيْهِمْ .

فَإِنْ لَمْ يَكُنْ أَبُو الْمَوْلَى . . نَظَرْتُ :

فَإِنْ لَمْ يَكُنْ هُنَاكَ أَحَدٌ مِنَ إِخْوَةِ الْمَوْلَى وَلَا مِنْ بَنِيهِمْ ، وَهُنَاكَ جَدُّ مَوْلَى . . قُدِّمَ عَلَى عَمِّ الْمَوْلَى ؛ لِأَنَّهُ أَقْرَبُ مِنْهُ ؛ لِأَنَّ الْعَمَّ يُدْلَى بِالْجَدِّ وَالْمُدْلَى بِهِ أَقْرَبُ مِمَّنْ يُدْلَى بِهِ ، ثُمَّ أَبُو جَدِّ الْمَوْلَى ، ثُمَّ جَدُّ الْمَوْلَى . وَيُقَدَّمُ الْجَدُّ عَلَى أَعْمَامِ الْمَوْلَى وَبَنِيهِمْ .

وَإِنْ لَمْ يَكُنْ هُنَاكَ جَدُّ الْمَوْلَى وَلَا أَحَدٌ مِنْ آبَائِهِ ، وَهُنَاكَ أَخُو الْمَوْلَى لِأَبِيهِ وَأُمِّهِ ، أَوْ لِأَبِيهِ . . فَإِنَّ الْوَلَاءَ لَهُ دُونَ عَمِّ الْمَوْلَى ؛ لِأَنَّ الْأَخَ أَقْرَبُ مِنَ الْعَمِّ ؛ لِأَنَّهُ يُدْلَى بِالْأَبِ ، وَالْعَمُّ يُدْلَى بِالْجَدِّ .

فَإِنْ اجْتَمَعَ أَخُو مَوْلَى لِأَبٍ وَأُمٍّ ، وَأَخُو مَوْلَى لِأَبٍ . . فَالْمَشْهُورُ مِنَ الْمَذْهَبِ : أَنَّ أَخَا الْمَوْلَى لِأَبِيهِ وَأُمِّهِ مُقَدَّمٌ عَلَى أَخِي الْمَوْلَى لِأَبِيهِ ، كَمَا قُلْنَا فِي الْمِيرَاثِ فِي النَّسَبِ .

وَمِنْ أَصْحَابِنَا مَنْ قَالَ : فِيهِ قَوْلَانِ :

(١) رَوَى خَبْرَ زَيْدٍ مِنْ طَرِيقِ سَفْيَانَ بْنِ أَبِي شَيْبَةَ فِي « الْمَصْنَفِ » ( ٣٩٤ / ٧ ) بِإِسْنَادٍ فِي الْفُرَائِضِ ، بَابُ : رَجُلٌ مَاتَ وَتَرَكَ ابْنَهُ وَأَبَاهُ .

أحدهما : هذا .

والثاني : أنَّهما سواء ؛ لأنَّ الأمَّ لا تَرثُ بالولاء ، فلا يَرُجَحُ بها .  
وإنَّ اجتمعَ أخو مولى لأبٍ وابنُ أخي مولى لأبٍ وأمٍّ . فأخو المولى للأبٍ أولى ؛  
لأنَّه أقرب .

وإنَّ اجتمعَ ابنُ أخي مولى لأبٍ وأمٍّ وابنُ أخي مولى لأبٍ ، فإنَّ قُلنا : إنَّ أخا  
المولى للأبٍ والأمَّ مقدَّمٌ على أخي المولى للأبٍ . قُدِّمَ ابنُ أخي المولى للأبٍ والأمَّ  
على ابنِ أخي المولى للأبٍ .

وإنَّ قُلنا : إنَّ الأخوينِ سواءٌ . . . كانَ أبناهما سواءً أيضاً . وأمَّا أخو المولى لأمِّه :  
فلا ولاءَ له ؛ لأنَّ الولاءَ يُستَحَقُّ بالتعصيب ، ولا تعصِبَ له .

وإنَّ اجتمعَ جدُّ مولى وأخو مولى . . ففيه قولان :

أحدهما : أنَّهما سواءٌ . وبه قال الأوزاعيُّ وأبو يوسفَ ومحمدٌ وإسحاقُ ؛  
لأنَّ هذا كميِّراثِ المالِ ، ثمَّ ثبتَ أنَّهما في ميراثِ المالِ سواءٌ ، فكذلكَ في الميراثِ  
بالولاءِ .

والثاني : أنَّ الأخَ يقدَّمُ على الجدِّ .

قالَ القاضي أبو الطَّيِّبِ : وهو المشهورُ مِنَ المذهبِ ؛ لأنَّ الشافعيَّ رحمهُ الله  
تعالى قالَ : ( القياسُ يقتضي : أنَّ الأخَ أولى بالميراثِ مِنَ الجدِّ وتعصبيُّه أقوى ؛ لأنَّه  
ابنُ أبي الميتِ والجدُّ أبو أبي الميتِ ، وتعصِبُ البنوةُ أقوى مِنْ تعصِبِ الأبوةِ ) غيرَ أنَّ  
الصحابةَ أجمعتْ في الميراثِ بالنَّسَبِ على أنَّ الأخَ لا يُقدَّمُ ، بلْ مِنْهُمْ مَنْ قالَ : الجدُّ  
أولى . وَمِنْهُمْ مَنْ جعلَهُما سواءً<sup>(١)</sup> ، فتركنا القياسَ لهذا الإجماعِ .

وأمَّا الولاءُ : فلا إجماعَ فيه عَنِ الصحابةِ ، فاستعملنا القياسَ فيه ، فإذا قُلنا : إنَّهما  
سواءٌ فَاجْتَمَعَ جدُّ وإخوةٌ . . قاسموهُ على عَدَدِ رُؤُوسِهِمْ<sup>(٢)</sup> .

(١) في ( م ) : ( جعله بينهما ) .

(٢) وفي هامش نسخة : ( قال ابن اللِّبان : القياسُ عندي أن يعاد به كالإرث بالنسب ، ولا فرق  
بينهما . « الشامل » ) .

وإن اجتمع جدُّ مولى ، وأخو مولى لأبٍ وأمٍّ ، وأخو مولى لأبٍ ، وقلنا : إنَّ الأخَّ للأب والأمَّ ، يُقدَّمُ على الأخ للأب إذا اجتمعا . . فإنَّ المالَ يكونُ بينَ جدِّ المولى وأخي المولى لأبيه وأمِّه ، ولا يُعادُ الجدُّ بالأخ للأب .

وقال أبو العباس ابن سريج : فيه نظرٌ .

وإن اجتمع جدُّ مولى وأبنُ أخِي مولى ، فإنَّ قلنا : إنَّ جدَّ المولى وأخا المولى يُقتسمانِ المالَ . . قدَّم جدُّ المولى على ابنِ أخِي المولى ؛ لأنَّه أقربُّ منه . وإنَّ قلنا : إنَّ أخا المولى يُقدَّمُ على جدِّ المولى . . قدَّم ابنُ أخِي المولى على جدِّ المولى .

وإن اجتمع جدُّ مولى وعمُّ مولى . . قدَّم الجدُّ قولاً واحداً ؛ لأنَّ العمَّ يُدلي بالجدِّ ، فكان أقربُّ منه .

فإنَّ اجتمع جدُّ أبي مولى وعمُّ مولى . . فعلى القولين في الجدِّ والأخ ، فإنَّ قلنا : إنَّ أخا المولى أولى من جدِّ المولى . . قدَّم عمُّ المولى وبنوه على جدِّ أبي المولى . وإنَّ قلنا : إنَّ جدَّ المولى وأخا المولى سواء . . كان جدُّ أبي المولى وعمُّ المولى سواء .

فإنَّ لم يكنْ هناك أحدٌ من إخوة المولى ولا من أجداد المولى ، وهناك أحدٌ من أعمام المولى . . كان الولاءُ له ، ثمَّ ينتقلُ إلى بني أعمام المولى ، الأقربُّ فالأقربُّ . فإنَّ لم يكنْ هناك مولى ولا عصبه مولى ، وهناك مولى مولى . . كان الولاءُ له ، ذكراً كان أو أنثى ؛ لأنَّ النعمةَ متصلةً به ؛ لأنَّه : لولا النعمةُ على الأول بالعتق . . لم يحصلْ منه النعمةُ على غيره .

فإنَّ كان مولى المولى قد مات . . كان الولاءُ لعصبه مولى المولى ، يُقدَّمُ الأقربُّ فالأقربُّ منهم ، كما قلنا في عصبه المولى .

فإنَّ لم يكنْ للميتِ مولى مولى ولا عصبه مولى مولى ، ولكنْ كان هناك مولى لمولى المولى . . كان الولاءُ له ؛ لما ذكرناه في مولى المولى ، ثمَّ ينتقلُ الولاءُ بعدَ موتِ مولى مولى المولى إلى عصبته ، الأقربُّ فالأقربُّ .

وإنَّ لم يكنْ للميتِ عصبه ولا له مولى باشر عتقه ، ولكنْ هناك مولى لعصبه هذا الميت . . نظرتُ :

فَإِنْ كَانَ مَوْلَى لِمَنْ هُوَ فِي دَرَجَتِهِ مِنْ عَصْبَتِهِ كَمَوْلَى أَخِيهِ ، أَوْ مَوْلَى مَنْ هُوَ أَسْفَلُ مِنْهُ كَمَوْلَى ابْنِهِ أَوْ ابْنِ ابْنِهِ . . . لَمْ يَرِثِ الْمَوْلَى هَذَا الْمِيتَ .

وَإِنْ كَانَ مَوْلَى أَبِيهِ أَوْ مَوْلَى جَدِّهِ . . . وَرِثَهُ ؛ لِأَنَّ الْمَنْعَمَ عَلَى أَبِيهِ وَجَدَّهُ مَنْعَمٌ عَلَيْهِ ، وَلَيْسَ مَنْ أَنْعَمَ عَلَى أَخِيهِ أَوْ ابْنِهِ مَنْعَمًا عَلَيْهِ .

وهكذا : إِنْ لَمْ يَكُنْ لِلْمِيتِ عَصْبَةٌ ، وَلَا مَوْلَى عَصْبَةٍ<sup>(١)</sup> ، وَلَا مَوْلَى مَوْلَى ، وَلَكِنْ خَلَفَ مَوْلَى لِعَصْبَةِ مَوْلَى ، أَوْ مَوْلَى عَصْبَةِ مَوْلَى مَوْلَى ، فَإِنْ كَانَ ذَلِكَ الْعَصْبَةُ الَّذِي لَهُ الْمَوْلَى أَبًا أَوْ جَدًّا لِمَوْلَاهُ . . . وَرِثَ ذَلِكَ الْمَوْلَى ، وَإِنْ كَانَ ذَلِكَ الْعَصْبَةُ ابْنَهُ أَوْ ابْنَ ابْنِهِ أَوْ أَخَاهُ . . . لَمْ يَرِثَ ذَلِكَ الْمَوْلَى ؛ لِمَا ذَكَرْنَاهُ مِنَ الْفَرْقِ .

فَإِنْ أَعْتَقَ رَجُلٌ عَبْدًا ، أَوْ أَعْتَقَ آخَرَ أَبَاهُ وَأَعْتَقَ آخَرَ جَدَّهُ ، ثُمَّ مَاتَ الْمَعْتَقُ الْأَسْفَلُ . . . وَرِثَهُ عَصْبَتُهُ مِنْ مَنَاسِبِهِ ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ عَصْبَةٌ . . . فَمِيرَاثُهُ لِمَوْلَاهُ الَّذِي أَعْتَقَهُ ، ثُمَّ لِعَصْبَةِ مَوْلَاهُ ، ثُمَّ لِمَوْلَى مَوْلَاهُ ، ثُمَّ لِعَصْبَةِ مَوْلَى مَوْلَاهُ ، فَإِنْ أَنْقَرَضُوا . . . قَالَ الْقَاضِي أَبُو الطَّيِّبِ : فَإِنَّ مَالَهُ يَنْتَقِلُ إِلَى بَيْتِ الْمَالِ ، وَلَا يَنْتَقِلُ إِلَى مَوْلَى أَبِيهِ وَلَا إِلَى مَوْلَى جَدِّهِ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا كَانَ عَلَيْهِ وِلَاةٌ لِمَعْتَقٍ بَاشَرَ عَتَقَهُ . . . لَمْ يَثْبُتْ عَلَيْهِ وِلَاةٌ لِمَوَالِي أَبِيهِ وَلَا لِمَوَالِي جَدِّهِ ، وَإِنَّمَا يَثْبُتُ عَلَيْهِ الْوِلَاةُ لِمَوَالِي أَبِيهِ . . . إِذَا لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ وِلَاةٌ فِي نَفْسِهِ لِمَنْ بَاشَرَ عَتَقَهُ .

فرع : [الولاء ينقسم على العصبات] :

قد ذكرنا أَنَّ الْوِلَاةَ لِلْكَبِيرِ مِنَ الْعَصْبَةِ<sup>(٢)</sup> ، وَهُوَ الْأَقْرَبُ .

قال أبو العباس : فَإِنْ أَعْتَقَ رَجُلٌ عَبْدًا ، ثُمَّ مَاتَ السَّيِّدُ وَخَلَفَ ثَلَاثَةُ بَنِينَ ، ثُمَّ مَاتَ أَحَدُ الْبَنِينَ الثَّلَاثَةِ وَخَلَفَ ابْنًا ، ثُمَّ مَاتَ الثَّانِي وَخَلَفَ أَرْبَعَةَ بَنِينَ ، وَمَاتَ الثَّالِثُ وَخَلَفَ خَمْسَةَ بَنِينَ ، ثُمَّ مَاتَ الْعَبْدُ الْمَعْتَقُ وَلَا مَنَاسِبَ لَهُ . . . كَانَ مَالُهُ بَيْنَ الْعَشْرَةِ ، لِكُلِّ وَاحِدٍ الْعُشْرُ مِنْهُ .

(١) في نسختين : (ولا عصبه مولى) .

(٢) في (م) : (العصبات) .



وَلَوْ ظَهَرَ لِجَدِّهِمْ مَالٌ لَمْ يَقْتَسِمَهُ أَوْلَادُهُ الثَّلَاثَةُ . . كَانَ لِلَّذِي هُوَ أَبْنٌ وَحْدَهُ :  
الثُّلُثُ ، وَلِلْأَرْبَعَةِ : الثُّلُثُ ، وَلِلْخَمْسَةِ : الثُّلُثُ .

والفرق بينهما : أَنَّهُمْ يَتَلَقَّوْنَ الْإِرْثَ بِالْوَلَاءِ عَنْ جَدِّهِمْ وَهُمْ مُتَسَاوُونَ فِي الْإِدْلَاءِ  
إِلَيْهِ ، وَيَتَلَقَّوْنَ الْإِرْثَ بِالنَّسَبِ عَنْ آبَائِهِمْ ، وَقَدْ كَانَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنَ الثَّلَاثَةِ الْأَوْلَادِ مَلَكٌ  
ثُلُثَ مَالِ الْمَعْتَقِ ، فَأَنْتَقَلَ مَا مَلَكَهُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ إِلَى أَوْلَادِهِ .

فِرْعُ : [يمنع الأسفل الأعلى] :

الْمَوْلَى مِنْ أَسْفَلَ لَا يَرِثُ الْمَوْلَى مِنْ أَعْلَى . وَبِهِ قَالَ كَافَّةُ أَهْلِ الْعِلْمِ .  
وَرَوَى عَنْ طَاوُوسٍ وَشَرِيحٍ : أَنَّهُمَا قَالَا : إِذَا لَمْ يَكُنْ لِلْمِيتِ عَصَبَةٌ وَلَا مَوْلَى مِنْ  
أَعْلَى وَلَا عَصَبَةٌ مَوْلَى . . وَرِثَةُ الْمَوْلَى مِنْ أَسْفَلَ .  
دَلِيلُنَا : قَوْلُهُ ﷺ : « الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ » فَجَعَلَ الْوَلَاءَ لِلْمُنْعَمِ لَا لِلْمُنْعَمِ عَلَيْهِ .

مَسْأَلَةٌ : [الولاء لمولى الأم المعتقة] :

إِذَا تَزَوَّجَ عَبْدٌ لِرَجُلٍ بِمَعْتَقَةٍ لآخر فَأَوْلَدَ مِنْهَا وَلَدًا . . فَإِنَّ الْوَلَدَ يَنْعَقِدُ حَرًّا تَبْعًا لِحُرِّيَّةِ  
أُمِّهِ ، وَيَكُونُ وِلَاءُ هَذَا الْوَلَدِ لِمَوْلَى أُمِّهِ مَا دَامَ الْأَبُ مَمْلُوكًا ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا صَارَ حَرًّا لِحُرِّيَّةِ  
أُمِّهِ وَقَدْ عَتَقَتْ بِإِعْتَاقِ سَيِّدِهَا لَهَا ، فَكَانَ إِنْعَامُهُ عَلَيْهَا إِنْعَامًا مِنْهُ عَلَى وَلَدِهَا .  
فَإِنْ أَعْتَقَ الْأَبُ وَالْوَلَدُ حَيًّا . . فَإِنَّ وِلَاءَ الْوَلَدِ يَنْجُرُّ عَنْ مَوْلَى أُمِّهِ إِلَى مَوْلَى أَبِيهِ .  
قَالَ الْقَاضِي أَبُو الطَّيِّبِ : وَقَوْلُ السَّلَفِ فِي هَذَا : ( يَنْجُرُّ الْوَلَاءُ ) مَجَازٌ ؛ لِأَنَّ  
الْوَلَاءَ لَا يَنْجُرُّ ، وَإِنَّمَا يَبْطُلُ الْوَلَاءُ الَّذِي عَلَيْهِ لِمَوْلَى الْأُمِّ ، وَيَثْبُتُ عَلَيْهِ الْوَلَاءُ لِمَوْلَى  
الْأَبِ بِإِعْتَاقِهِ الْأَبَ .

وبهذا قال عُمَرُ وَعُثْمَانُ وَعَلِيٌّ وَأَبْنُ مَسْعُودٍ وَأَبْنُ الزُّبَيْرِ ، وَمِنْ الْفُقَهَاءِ : الْأَوْزَاعِيُّ  
وَمَالِكٌ وَأَبُو حَنِيفَةَ وَأَصْحَابُهُ وَالثَّوْرِيُّ وَأَحْمَدُ وَإِسْحَاقُ .

وذهب عِكْرَمَةُ وَمُجَاهِدٌ وَالزَّهْرِيُّ : إِلَى أَنَّ الْوَلَاءَ لَا يَنْجُرُّ عَنْ مَوْلَى الْأُمِّ بِحَالٍ .

وَالدَّلِيلُ عَلَى مَا قُلْنَاهُ : إِجْمَاعُ الصَّحَابَةِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ .

فروى عَنْ عُمَرَ وَعَلِيٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا : أَنَّهُمَا قَالَا : ( يَجُرُّ الْأَبُ وَلَاءَ وَلَدِهِ إِلَى مَوْلَى نَفْسِهِ )<sup>(١)</sup> .

وروى عبد الرحمن بن حاطب : ( أَنَّ الزُّبَيْرَ قَدِمَ خَيْبَرَ فَرَأَى فَتِيَةً لُغْسًا ، فَأَعْجَبَهُ ظَرْفُهُمْ وَجَمَالُهُمْ ، فَسَأَلَ عَنْهُمْ ، فَقِيلَ لَهُ : إِنَّهُمْ مَوَالٍ لِرَافِعِ بْنِ خَدِيجٍ ، وَأَبُوهُمْ مَمْلُوكٌ لِفُلَانٍ ، فَمَضَى وَأَشْتَرَى أَبَاهُمْ وَأَعْتَقَهُ ، ثُمَّ قَالَ لَهُمْ : أَنْتَسِبُوا إِلَيَّ فَإِنِّي مَوْلَاكُمْ ، فَقَالَ رَافِعُ بْنُ خَدِيجٍ : هُمْ مَوَالِيَّ ؛ لِأَنَّهُمْ بَعَتُوا أُمَّهُمْ عَتَقُوا ، فَأَخْتَصَمَا إِلَى عُثْمَانَ بْنِ عَفَانَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، فَقَضَى بِوَلَائِهِمْ لِلزُّبَيْرِ ، وَلَمْ يُخَالَفْهُ أَحَدٌ )<sup>(٢)</sup> .

والظاهر : أَنَّ هَذَا أُنْتَشَرَ فِي الصَّحَابَةِ وَلَمْ يُنْكِرْهُ أَحَدٌ ، وَلَا أَظْهَرَ رَافِعُ بْنُ خَدِيجٍ الْخِلَافَ فِي ذَلِكَ ، بَلْ سَكَتَ ، فَدَلَّ عَلَى أَنَّهُ رَجَعَ ، وَأَنَّهُ إِجْمَاعٌ .

وَلَأَنَّ الْوَلَدَ إِنَّمَا يَتَّبِعُ الْأُمَّ فِي الْوَلَاءِ مَا دَامَ الْأَبُ مَمْلُوكًا ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ مِنْ أَهْلِ الْوَلَايَةِ وَالْوَلَاءِ لَكُونِهِ رَقِيقًا ، فَصَارَ كَالْوَلَدِ الَّذِي يَأْتِي بِهِ مِنَ الزَّانَا .

فَإِذَا أُعْتِقَ الْأَبُ . . تَبَعَ الْوَلَدُ الْوَالِدَ فِي النَّسَبِ دُونَ الْأُمِّ ، بِدَلِيلٍ : أَنَّ وَلَدَ الْهَاشِمِيِّ مِنَ الْعَامِّيَّةِ هَاشِمِيٌّ ، وَوَلَدَ الْعَامِّيِّ مِنَ الْهَاشِمِيَّةِ عَامِّيٌّ .

فَإِنْ مَاتَ الْوَلَدُ قَبْلَ أَنْ يَعْتَقَ الْأَبُ ، فَإِنْ كَانَ لَهُ وَرَثَةٌ مِنْ جِهَةِ النَّسَبِ . . وَرِثُوهُ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَرَثَةٌ مِنْ جِهَةِ النَّسَبِ . . وَرِثَهُ مَوْلَى أُمِّهِ . فَإِنْ أُعْتِقَ الْأَبُ بَعْدَ ذَلِكَ . . لَمْ

(١) أخرجه عن عمر عبد الرزاق في « المصنف » ( ١٦٢٧٦ ) و ( ١٦٢٧٧ ) ، والبيهقي في « السنن الكبرى » ( ٣٠٦ / ١٠ ) في الولاء .

وعن علي عبد الرزاق في « المصنف » ( ١٦٢٨٠ ) ، والبيهقي في « السنن الكبرى » ( ٣٠٧ / ١٠ ) في الولاء .

(٢) أخرج خبر عبد الرحمن بن حاطب البيهقي في « السنن الكبرى » ( ٣٠٧ / ١٠ ) في الولاء . وعن محمد بن إبراهيم التيمي عبد الرزاق في « المصنف » ( ١٦٢٨١ ) و ( ١٦٢٨٤ ) ، وانظر ما بينهما .

لغساً : أي سوداً ، واللغس : لون الشفة إذا كانت تضرب إلى السواد قليلاً .

قال البيهقي : هذا هو المشهور عن عثمان رضي الله عنه ، وروى عن الزهري عن عثمان منقطعاً بخلافه .

يَجُرُّ وَلَاءَ الْوَلَدِ الْمَيِّتِ ؛ لِأَنَّ مَوْلَى الْأُمِّ قَدْ مَلَكَ ذَلِكَ الْمَالَ ، فَلَا يَنْتَقِلُ عَنْهُ ؛ لِأَنَّ الْأَبَّ إِنَّمَا يَتَّبِعُهُ الْأَحْيَاءُ مِنْ وَلَدِهِ دُونَ الْأَمْوَاتِ .

فرعٌ : [تزوج معتقٌ معتقةً لآخر] :

فَإِنْ تَزَوَّجَ مَعْتَقٌ لِرَجُلٍ بِمَعْتَقَةٍ لِرَجُلٍ آخَرَ فَأَوْلَدَهَا وَلَدًا . . فَإِنَّ الْوَلَدَ يَنْعَقِدُ حَرًّا وَلَاؤُهُ لِمَوْلَى أَبِيهِ ؛ لِمَا ذَكَرْنَاهُ فِي الْمَسْأَلَةِ قَبْلَهَا .

فَإِنْ نَفَى الْأَبُ نَسَبَ هَذَا الْوَلَدِ بِاللُّعَانِ . . صَارَ وَلَاؤُهُ لِمَوْلَى أُمِّهِ ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا يَتَّبِعُ الْأَبَ إِذَا كَانَ مَخْلُوقًا مِنْ مَائِهِ ، وَبِاللُّعَانِ أَثْبَتَ أَنَّهُ لَيْسَ بِمَخْلُوقٍ مِنْ مَائِهِ ، فَإِنْ أَكْذَبَ الْأَبُ نَفْسَهُ بَعْدَ ذَلِكَ . . تَبِعَهُ الْوَلَدُ ، وَكَانَ وَلَاؤُهُ لِمَوْلَى أَبِيهِ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا أَكْذَبَ نَفْسَهُ . . تَبِعَهُ<sup>(١)</sup> الْوَلَدُ ، فَصَارَ كَمَا لَوْ لَمْ يُلَاعِنِ .

وَإِنْ تَزَوَّجَ مَعْتَقٌ لِرَجُلٍ بِمَعْتَقَةٍ لآخر ، فَأَوْلَدَهَا وَلَدَيْنِ ، فَنَفَاهُمَا الْأَبُ بِاللُّعَانِ ، ثُمَّ قَتَلَ أَحَدَ الْابْنَيْنِ أَخَاهُ الْآخَرَ وَلَا عَصَبَةَ لِلْمَقْتُولِ . . كَانَ لِأُمِّهِ الثُّلُثُ ، وَمَا بَقِيَ مِنْ مَالِهِ لِمَوْلَى أُمِّهِ . فَإِنْ أَكْذَبَ الْأَبُ نَفْسَهُ بَعْدَ ذَلِكَ . . قُبِلَ قَوْلُهُ ، وَلِحَقُّهُ النَّسَبُ ، وَأَسْتَرْجَعَ مَا أَخَذَهُ مَوْلَى الْأُمِّ مِنْ تَرْكَةِ الْمَقْتُولِ ؛ لِأَنَّ نَسَبَ الْمَقْتُولِ لِحَقُّهُ بِإِكْذَابِهِ نَفْسَهُ .

فَإِنْ قِيلَ : لَا يُقْبَلُ رُجُوعُهُ فِي اسْتِحْقَاقِهِ لِلْمَالِ ؛ لِأَنَّهُ مَتَّهِمٌ . . قُلْنَا : لَمَّا قُبِلَ قَوْلُهُ فِي ثُبُوتِ النَّسَبِ مِنْهُ . . اسْتَحَقَّ الْمَالَ ، كَمَا لَوْ أَكْذَبَ نَفْسَهُ وَكَانَ فَقِيرًا مُحْتَاجًا ، فَإِنَّهُ يَلْحَقُهُ نَسَبُ الْوَلَدِ ، وَيَجِبُ عَلَى الْابْنِ<sup>(٢)</sup> نَفَقَتُهُ ، وَلَا يَقَالُ : لَا يُقْبَلُ قَوْلُهُ فِي اسْتِحْقَاقِهِ النِّفَقَةَ لِأَنَّهُ مَتَّهِمٌ .

فرعٌ : [تزوج بمعتقة لآخر فأولدها ففقد ثم عتق] :

وَإِنْ تَزَوَّجَ عَبْدٌ لِرَجُلٍ بِمَعْتَقَةٍ لآخر فَأَوْلَدَهَا وَلَدًا ، ثُمَّ فَقَدَ الْأَبَ<sup>(٣)</sup> ، ثُمَّ أَعْتَقَهُ السَّيِّدُ . . فَفِيهِ وَجْهَانِ خَرَجَهُمَا ابْنُ اللَّبَّانِ :

(١) فِي ( م ) : ( بَيْع ) .

(٢) فِي نَسْخَةِ : ( الْأُم ) .

(٣) فِي ( م ) : ( الْعَبْد ) .

أحدهما : أنه لا يَجْرُ ولاءٌ ولده إلى مولى نفسه ؛ لأننا لا نعلم أن العتق لِحَقِّه .  
والثاني : أن ولاء الولد يكون موقوفاً ، فإن بان أن الأب كان حياً يوم أُعتِقَ . . جَرَّ ولاء ولده . وإن بان أنه كان ميتاً ، أو مضت مدَّة لا يعيش مثله إليها قبل العتق . . ثبت ولاء الولد لمولى أمِّه ؛ لأننا قد حكمنا بموت الأب قبل العتق .

فرعٌ : [تزوج عتيقة لآخر وأبوه مملوك] :

وإن تزوج عبدٌ لرجلٍ بمعتقة لآخر فأولدها ولداً ، ولهذا الزوج أبٌ مملوكٌ . . فإن الولد حرٌّ تبعاً لأمِّه ، وولاءُ له لمولى أمِّه . فإن أُعتِقَ أبو الزوج - وهو جدُّ هذا الولد - فهل يَجْرُ ولاء ولده ؟ اختلف أصحابنا فيه :

فقال القاضي أبو الطيب والشيخ أبو إسحاق : فيه ثلاثة أوجه :

أحدها - وهو اختيار القاضيين : أبي حامد ، وأبي الطيب - : أنه يَجْرُ ولاء ولده ما دام الأب مملوكاً ، سواء كان الأب حياً أو ميتاً ؛ لأنه يُنسَبُ إليه كما يُنسَبُ إلى الأب ، فَجَرَّ ولاءه كالأب .

فإذا قلنا بهذا : فأعتق الأب بعد ذلك . . جَرَّ ولاء الولد عن مولى الجدِّ إلى مولى الأب ؛ لأنه أقوى من الجدِّ في نسب الولد وأحكامه .

والثاني - وهو قول أبي علي بن أبي هريرة ، وأبي علي الطبري - : أن الجدَّ لا يَجْرُ ولاء ولده ، سواء كان الأب حياً أو ميتاً ؛ لأنه يُدلى إليه بواسطة ، فلا يَجْرُ ولاءه ، كالأخ والعم .

والثالث - وهو اختيار ابن اللبان - : إن كان الأب حياً . . لم يَجْرُ الجدُّ ولاء ولده . وإن كان الأب ميتاً . . جَرَّ الجدُّ ولاء ولده ؛ لأنه إذا كان الأب ميتاً . . استقرَّ جَرُّ الجدِّ ، وإذا كان حياً . . لم يستقرَّ جَرُّ الجدِّ ، ولا يجوز أن يَنجُرَّ الولاء إلى مَنْ لا يستقرُّ له عليه .

وقال الشيخ أبو حامد : إن كان الأب ميتاً . . جَرَّ الجدُّ ولاء ولده وجهاً واحداً . وإن كان الأب حياً مملوكاً . . فهل يَجْرُ الجدُّ ولاء ولده ؟ فيه وجهان :

أحدهما - وهو قول مالك - : ( أَنَّهُ يَجْرُ ) .

والثاني - وهو قول أبي حنيفة ، وهو الأشبه - : ( أَنَّهُ لَا يَجْرُ ) . وَوَجْهُهُمَا مَا ذَكَرْنَاهُ .  
وَقَالَ الْقَفَّالُ : إِنْ كَانَ الْأَبُ حَيًّا . فَإِنَّ الْجَدَّ لَا يَجْرُ وَلَا وَلَدٌ وَلَدِهِ وَجْهًا وَاحِدًا .  
وَإِنْ كَانَ الْأَبُ مَيِّتًا . فَهَلْ يَجْرُ الْجَدُّ وَلَا وَلَدٌ وَلَدِهِ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ .

**مَسْأَلَةٌ :** [تزوج بأمة لآخر فأولدها] :

إِذَا تَزَوَّجَ عَبْدٌ لِرَجُلٍ بِأَمَةٍ لآخرَ فأولدها ولدًا . . فَإِنَّ الْوَلَدَ يَكُونُ مَمْلُوكًا لِمَالِكِ  
الْأُمِّ ، فَإِنْ أَعْتَقَ مَوْلَى الْأُمَةِ هَذِهِ الْأُمَّةَ وَوَلَدَهَا . . ثَبَتَ لَهُ عَلَيْهِمَا الْوَلَاءُ .  
فَإِنْ أَعْتَقَ مَوْلَى الْعَبْدِ عَبْدَهُ بَعْدَ ذَلِكَ . . لَمْ يَجْرُ وَلَا وَلَدُهُ إِلَى مَوْلَاهُ ؛ لِأَنَّ الْأَبَ إِنَّمَا  
يَجْرُ وَلَا وَلَدُهُ إِلَى سَيِّدِ نَفْسِهِ إِذَا لَمْ يَكُنْ قَدْ مَسَّ الْوَلَدَ الرِّقُّ بَلْ خُلِقَ حُرًّا ، وَهَاهُنَا قَدْ  
مَسَّهُ الرِّقُّ وَأَنْعَمَ عَلَيْهِ بِالْعَتَقِ مَوْلَاهُ الَّذِي بَاشَرَ عَتَقَهُ ، فَكَانَ مَوْلَاهُ الَّذِي أَنْعَمَ عَلَيْهِ أَحَقُّ  
بِوَلَايَةِ مَنْ أَنْعَمَ عَلَى أَبِيهِ .

**فَرْعٌ :** [تزوج عبد بأمة آخر فعتقت] :

وَإِنْ تَزَوَّجَ عَبْدٌ لِرَجُلٍ بِأَمَةٍ لآخرَ ، فَأَعْتَقَ مَوْلَى الْأُمَةِ أُمَّتَهُ وَلَمْ تَخْتَرْ فِرَاقَ الزَّوْجِ ، ثُمَّ  
أَعْتَقَ مَوْلَى الْعَبْدِ عَبْدَهُ ، ثُمَّ أَتَتِ الْجَارِيَةُ بِوَلَدٍ . . فَإِنَّهُ يَكُونُ حُرًّا ؛ لِأَنَّهُ إِنْ كَانَ مُوجُودًا  
وَقَتَ الْعَتَقِ . . فَقَدْ نَالَهُ الْعَتَقُ ، وَإِنْ حَدَثَ بَعْدَ الْعَتَقِ . . فَهُوَ وَلَدٌ حُرٌّ ، فَكَانَ حُرًّا .  
وَلَمَنْ يَكُونُ وَلَاؤُهُ ؟ يُنْظَرُ فِيهِ :

فَإِنْ وَلَدَتْهُ لِدُونِ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ يَوْمِ أُعْتِقَتِ الْأُمُّ . . كَانَ وَلَاؤُهُ لِمَوْلَى أُمِّهِ ؛ لِأَنَّا نَعْلَمُ  
أَنَّهُ كَانَ مُوجُودًا وَقَتَ الْعَتَقِ ، وَقَدْ نَالَهُ الْعَتَقُ مِنْ مَوْلَى أُمِّهِ ، فَهُوَ كَمَا لَوْ أَعْتَقَهُ مَوْلَى الْأُمِّ  
بَعْدَ الْإِنْفِصَالِ .

فَإِنْ وَلَدَتْهُ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ فَصَاعِدًا مِنْ يَوْمِ عَتَقِ الْأُمُّ وَكَانَ الزَّوْجُ غَيْرَ مَمْنُوعٍ مِنْ وَطْئِهَا . .  
فَوَلَاؤُهُ لِمَوْلَى أَبِيهِ ؛ لِأَنَّا لَا نَعْلَمُ أَنَّهُ كَانَ مُوجُودًا يَوْمَ أُعْتِقَتِ الْأُمُّ ، وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ  
الْعَبْدُ حَدَثَ بَعْدَ ذَلِكَ .



وإن اختارت فراقه ساعة أعتقت ، أو أبانها زوجها ، ثم أعتقها سيدها ، ثم أعتق الأب ، ثم أتت بولد . . فإن الولد يكون حراً ؛ لأنه إما أن يكون موجوداً وقت العتق فعتق بالمباشرة ، أو حدث بعد العتق من حرة فكان حراً .

إذا ثبت هذا : فإن ولاءه يكون لمولى أمه دون موالى أبيه ؛ لأنها إن أتت به لأربع سنين فما دونها من وقت بينونة . . فإننا نلحقه بالزوج ويحكم بوجوده وقت العتق ، وإن أتت به لأكثر من أربع سنين من وقت بينونة . . فإننا لا نلحقه بالزوج . وإذا لم يكن أبناً له . . لم يجز ولاؤه إلى موالیه .

فرع : [تزوج بمعتقة لآخر فأولدها ثم عتق] :

إذا تزوج عبد لرجل بمعتقة لآخر فأولدها ولداً ثم أعتق الأب . . فقد ذكرنا أن ولاء الولد يكون لمولى أبيه ، ثم لعصبة المولى . فإن عديم مولى الأب ومن يرث بسببه من العصبات والموالي . . فإن مال الميت ينتقل إلى بيت المال ولا ينتقل إلى مولى أمه .  
وحكي عن ابن عباس : أنه قال : ( يكون ذلك لمولى أمه ) .

دليلنا : هو أنه لا خلاف إذا كان هناك عصبة للميت مناسبين أو عصبة لموالي أبيه . . لم يرث مولى الأم شيئاً . فإذا لم يكن له عصبة مناسبون ولا مولى ولا عصبة مولى . . فالمسلمون عصبته وعصبة موالیه ، فكانوا أحق بميراثه من مولى الأم .

مسألة : [تزوج من لا ولاء له بمعتقة] :

وإذا تزوج حر لا ولاء عليه بمعتقة لقوم وأولدها ولداً . . فإن الولد حر لا ولاء عليه لأحد ، سواء كان الأب عربياً الأصل . أو أعجمياً الأصل وبه قال أبو يوسف .

وقال أبو حنيفة : ( إن كان الأب عربياً الأصل . . فلا ولاء على الولد ، وإن كان أعجمياً الأصل . . ثبت الولاء على الولد لمولى أمه ) .

دليلنا : أن استدامة الشيء أكد من ابتدائه ، بدليل : أن الردة والعدة ينفيان ابتداء النكاح لضعفه ، ولا ينفيان استدامته لقوته ، ثم ثبت أن ابتداء حرية الأب تسقط الولاء

الثابت لمولى الأم . . فكانت استدامة حرّيته أولى بأن تمنع الولاء لمولى الأم .  
 وإن تزوّج رجل مجهول النسب ، إلا أنه محكوم بحرّيته في الظاهر بمعتقة لرجل  
 فأولدها ولداً ، فهل يكون على هذا الولد ولّاء لمولى أمّه ؟ فيه وجهان :  
 قال أبو العباس ابن سريج : لا ولّاء عليه كالعربي المعروف بالنسب .  
 وقال ابن اللبان : ثبت عليه الولّاء لمولى أمّه ؛ لأنّ الشافعي رحمه الله تعالى قال :  
 ( أرايتُم المولاة المعتقة تلدُ من مملوك أو مَمْن لا يُعرف ، أليس يكون ولّاء ولدها تبعاً  
 لولائها ؟ ) .

ولو أنّ حراً حربياً معروف النسب كان تحته حرّة مُعتقة فأولدها ولداً . . فلا ولّاء  
 على هذا الولد لمولى أمّه ؛ لأنّ أباه حرٌّ لا ولّاء عليه في الحال ، وإن كان يجوز أن  
 يُسرق ويُعتق . . فيثبت عليه الولّاء ، إلا أنّه في الحال معروف النسب لا ولّاء عليه ،  
 وكما يجوز أن يُسرق . . يجوز أن يموت على كُفْرِهِ قَبْلَ الاسترقاق ، ويجوز أن يُسلم  
 فتستقرّ حرّيته .

فرعٌ : [تزوج بحرة فأتت بولد فلا ولّاء عليه] :

وإن تزوّج عبدٌ لرجل بحرّة الأصل فأتت منه بولد . . فالولد حرٌّ لا ولّاء عليه .  
 فإن عتق الأب بعد ذلك : قال البندنجي : فإنّ مُعتق الأب يكون لهذا الولد مولى  
 عصبية ، فيرثه عند عدم ورثته من النسب .

وإن تزوّج مولى قوم بحرّة الأصل فأتت منه بولد . . ففيه وجهان :  
 أحدهما : لا يثبت على الولد الولّاء لمولى أبيه ؛ لأنّ أحد أبويه حرٌّ الأصل ، فلم  
 يثبت عليه الولّاء ، كما لو كان الأب حرّاً الأصل والأم مُعتقة .

والثاني : أنّ عليه الولّاء لمولى أبيه ، وهو المنصوص في « البويطي » ؛ لأنّ الولد  
 يتبع الأب في النسب دون الأم ، كما لو تزوّج العامّي بهاشميّة . . فإنّ الولد عامّي تبعاً  
 لأبيه ، فكذلك هذا مثله .

فإن تزوّج عبدٌ بحرّة مُعتقة وحرّة أصليّة ، فأولد من الحرّة المُعتقة ولداً ، ثمّ مات

هذا الولد ولا واث له غير أمه ومولاها . . كان لأمه الثلث ولمولى أمه الثلثان .

فإن ولدت الحرّة الأصيليّة ولدًا بعد ذلك ، فإن وضعته لدون ستّة أشهر من حين موت الولد الأوّل . . كان هذا الولد أحقّ بالثلثين اللّذين أخذهما مولى الأم فيسترجع من مولى الأم ؛ لأنّه عصبة مناسب . وإن وضعته لأكثر من ستّة أشهر من حين موت الأوّل . . لم يسترجع ذلك من مولى الأم ؛ لأنّه يحتمل أن يكون الثاني موجوداً وقت موت الأوّل ، ويحتمل أنّه حدث بعد ذلك ، والأصل عدمه .

فرع : [ثبوت الولاء لموالي الأم] :

قال القاضي أبو الطيّب : فإن كان رجل حرّاً لم يعتق ، وأبوه وجدّه حرّين لم يعتقا ، وأمّه معتقة ، وأمّ أبيه معتقة ، وأمّ جدّه معتقة ، وأبو جدّه مملوكاً . . فإنّ الولاء لمولى أمّ جدّه ؛ لأنّ الجدّ إذا كان أبوه مملوكاً وأمّه معتقة . . ثبت عليه الولاء لمولى أمّه ، وإذا ثبت الولاء على الجدّ لمولى أمّه . . ثبت على أولاده .

فلا يثبت لمولى أمّ أبيه<sup>(١)</sup> على أبيه ولأبيه ؛ لأنّه تابع لأبيه وهو الجدّ فيما عليه من الولاء وعلى أولاده .

ولو كان أبو الجدّ حرّاً عربياً . . لم يثبت عليه الولاء لمولى أمّه ، ولا على أولاده وإن سفلوا .

وإن كان حرّاً مجهول النسب . . كان في ثبوت الولاء عليه لمولى أمّه وجهان ، مضى توجيههما .

فرع : [ثبوت الولاء لمولى الأم] :

قال القاضي أبو الطيّب : وإذا كان رجل حرّاً لم يعتق ، وأبوه مملوك وأمّه حرّة لم تعتق ، وأبوا الأمّ حرّان معتقان . . كان الولاء عليه لمولى أبي الأم ؛ لأنّ الأمّ إذا كان

(١) في (م) : (لمولى أبيه) .

على أحد طرفيها ولأى . . يجب أن يكون عليها ولأى مولى أبيها دون ولأى مولى أمها ،  
وإذا ثبت عليها ولأى مولى أبيها . . ثبت ذلك على أولادها وإن سفلوا ما لم يقع فيه حرٌّ  
باعتاق الأب .

وإن مات رجل حرٌّ لم يعتق ، وأبوه مملوكٌ وأمُّه حرَّةٌ لم تعتق ، وأمُّ الأمِّ حرَّةٌ  
معتقةٌ ، وأبو الأمِّ حرٌّ لم يعتق ، وأمُّ أبي الأمِّ حرَّةٌ معتقةٌ ، وأبو أبي الأمِّ مملوكٌ . . ثبت  
الولاء على الميت لمولى أمِّ أبي أمِّه ؛ لأنَّ أبا الأمِّ إذا ثبت عليه الولاء لمولى أمِّه . . ثبت  
ذلك له على أولاده وإن سفلوا . فإذا مات هذا الرجل . . كان ميراثه لمولى أبي أمِّه دون  
مولى أمِّ أمِّه .

ولو كان أبو أبي أمِّه عربياً . . لم يثبت الولاء عليه لموالي أمِّ أبي أمِّه .

ولو كان حرّاً مجهول النسب . . فهل يثبت الولاء على ولده ؟ فيه وجهان ، مضى  
ذكرهما .

فرع : [تزوج بمعتقة لآخر فأولدها فولده حرٌّ] :

وإن تزوج عبدٌ لرجلٍ بمعتقةٍ لآخر فأولدها ولداً . . فإنَّ هذا الولد حرٌّ ، ويكون عليه  
الولاء لمولى أمِّه .

فإن بلغ هذا الابن ثمَّ اشترى أباه . . عتق عليه ، ومن حُكم الأب إذا عتق أن يجزئ  
ولاء ولده عن مولى أمِّه إلى مولى نفسه ، وأختلف أصحابنا في هذه [على قولين] :

فـ [الأول] : منهم من قال : إنَّ الأب لا يجزئ ولأى ولده هاهنا إلى مولاه عن مولى  
أمِّه ، بل يبقى ولأى مولى أمِّه عليه ، وهو المنصوص ؛ لأنَّ الأب لو جزئ ولأى ولده إلى  
مولاه . . لجزئه إلى ولده ؛ لأنَّه مولاه ، والإنسان لا يملك الولاء على نفسه ، فبقي  
ولأى مولى الأمِّ كما كان .

والثاني - وهو قول أبي العباس - : أنَّ الأب يجزئ ولأى الولد عن مولى أمِّه ويسقطُ ؛  
لأنَّ عتق الأب يسقطُ الولاء عن مولى الأمِّ .

فعلى قول أبي العباس<sup>(١)</sup> : يكون هذا الولد حرّاً لا ولاء عليه ، وأبواه عليهما  
الولاء . ويتصور مثل هذا في موضعين :

أحدهما : إذا كان الإنسان كافراً فأسلم بعد بلوغه وله أبوان كافران ، فسبياً  
وأسترقاً ، ثم أعتقا .

والثاني : إذا تزوج عبدٌ بأمّةٍ لآخر ، وغرّه وكيلٌ سيّدها بحرّيتها ، فأنت منه بولدٍ  
قبل أن يعلم برّقها . فإنه يكون حرّاً ، ثم أعتق العبدُ والأمّةُ ، فإنّ هذا الولد يكون حرّاً  
لا ولاء عليه ، وأبواه مولىين .

قال القاضي أبو الفتوح : وهذه المسائل الثلاث لا توجد رابعة في معناهن .

فإن قيل لك : رجلان كل واحد منهما مولى لصاحبه من فوق . . قال أصحابنا :  
فيتصور ذلك : بأن يعتق الذمّي عبداً ثم يلحق السيّد بدار الحرب فيسبى ، فيملكه عتيقه  
ويعتقه فيثبت لكل واحد منهما على صاحبه الولاء وأيّهما مات . . ورثه الآخر .

ويتصور أيضاً : إذا تزوج عبدٌ لرجلٍ بمعتقةٍ لآخر فأولدها ولداً . . فإنّ الولد حرٌّ ،  
وولاهُ لمولى أمّه .

فإن اشترى هذا الولد عبداً فأعتقه . . ثبت له عليه الولاء ؛ لأنه أعتقه . فإن اشترى  
هذا العبدُ المعتقُ أباه سيّده فأعتقه . . ثبت له عليه الولاء ، وجَرَّ الأبُ ولاءَ ولده عن  
مولى أمّه إلى مولى نفسه ، ومولى الأب هو عتيق ولده ، فيكون كل واحد منهما مولى  
لصاحبه من أعلى ، فإن مات العبدُ المعتق . . فماله للابن . وإن مات الأب ثم مات  
الابن . . فماله لمعتق أبيه وهو مولاة .

فإن مات مُعتقُ الأب بعد ذلك ، فإن قلنا بقول أبي العباس : إنّ الولد الذي إذا  
اشترى أباه أسقط ولاء مولى أمّه عن نفسه . . فمالُ مُعتقِ الأب لبيت المال ولا يرثه مولى  
أمّ الابن ؛ لأنّ ولاءه قد انتقل عنه .

وإن قلنا بالمنصوص ، وأنّ الولد إذا اشترى أباه لا يسقط ولاء مولى أمّه عن

(١) في (م) : ( فعلى هذا ) .



نفسه . . فإن مال معتق الأب هاهنا لمولى أم الابن ؛ لأن الأب يجزئ ولأب ابنه إلى معتقه ثم إلى عصبته بعده ، فإذا لم تكن عصبته . . كان الابن<sup>(١)</sup> هو وارثه لو كان حياً ؛ لأنه معتقه . فإذا كان ميتاً . . ورثه مولى أمه .

فرع : [تزوج بمعتقة فأتت بنت ثم تزوجها آخر] :

إذا تزوج عبد لرجل بمعتقة لآخر فأتت منه بنت ، ثم تزوج هذه البنت عبد لآخر فأولدها ولداً ، ثم مات هذا الولد . . ورثت منه الأم ميراثها ، والباقي لمولاه ، ومولاه هو مولى أمه ، وهو مولى جدته أم أمه ؛ لأن من أعتق جارية . . فله ولأوها وولاء ولدها وولد ولدها وإن سفلوا ما لم يعتق الأب ، وأبو هذا الولد مملوك لم يعتق . فإن لم يمُت هذا الولد حتى أعتق جدّه أبو أمه ، ثم مات الولد قبل أن يعتق أبوه . . أنتقل ولأب أمه إلى مولى أبيها<sup>(٢)</sup> عن مولى أمها .

قال ابن الحَدَّاد : وأنتقل ولأب الولد إلى مولى أمه تبعاً لأمه ؛ لأنه إذا كان تابعاً لها . . وجب أن ينتقل بانتقاله .

قال القاضي أبو الطيب : ولا يختلف أصحابنا أن أبا الأم إذا أعتق أنه ينتقل ولأب ولد أخته إلى مواله تبعاً لأمه ، وهذا يدلي في الجد أبي الأب . . أن الصحيح : أنه يجزئ ولأب ولد ابنه إلى مواله .

فرع : [كان مملوكاً لرجل وابنه لآخر فتزوج الأب بمعتقة الآخر] :

إذا كان الرجل مملوكاً لرجل وله ابن مملوك لآخر وابن ابن مملوك لآخر ، فتزوج ابن الابن بمعتقة لآخر وأولدها ولداً . . فإن هذا الولد حر ، ولأوه لمولى أمه . فإن أعتق بعد ذلك أبو هذا الولد وجدّه أبيه . . أنجز ولأب الولد عن مولى أمه إلى مولى أبيه دون مولى جدّه وأبيه .

(١) في (م) : (ابنه) .

(٢) في نسخة : (أبيه) .

فَإِنْ مَاتَ الْوَلَدُ وَلَا مَنَاسِبَ لَهُ . . كَانَ مَالُهُ لِمَوْلَى أَبِيهِ أَوْ لِعَصْبَةِ مَوْلَى أَبِيهِ ، فَإِنْ غُذِمَ مَوْلَى أَبِيهِ وَمَنْ يُدْلِي بِهِ مِنْ عَصْبَةِ أَوْ مَوْلَى . . فَمَالُهُ لِبَيْتِ الْمَالِ ، وَلَا يَرِثُهُ مَوْلَى جَدِّهِ وَلَا مَوْلَى جَدِّ أَبِيهِ .

وَقَالَ الْحَسَنُ الْبَصْرِيُّ : يَرِثُهُ مَوْلَى جَدِّهِ ، وَهَذَا غَلَطٌ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ كَانَ عَصْبَاتُهُ أَوْ عَصْبَةُ مَوْلَى أَبِيهِ مَوْجُودِينَ . . لَمْ يَرِثْ مَوْلَى جَدِّهِ ، فَإِذَا غُذِمُوا . . كَانَ الْمُسْلِمُونَ عَصْبَاتِهِ وَعَصْبَةُ مَوْلَى أَبِيهِ ، فَكَانُوا أَحَقَّ بِمِيرَاثِهِ مِنْ مَوْلَى جَدِّهِ .

**فرع :** [اشترتا أباهما فعتق] :

أَبْتَانِ اشْتَرَا أَبَاهُمَا فَعَتَقَ عَلَيْهِمَا : فَإِنْ مَاتَ الْأَبُ . . كَانَ لَابْنَتَيْهِ الثُّلَاثَانِ بِالنَّسَبِ ، وَالْبَاقِي لِهَمَا بِالْوَلَاءِ .

فَإِنْ مَاتَتْ إِحْدَاهُمَا بَعْدَ ذَلِكَ . . كَانَ لِأُخْتِهَا نِصْفُ مَالِهَا بِالنَّسَبِ ، وَالنِّصْفُ الْبَاقِي لِمَوْلَى أَبِيهَا ، وَمَوْلَى أَبِيهَا هِيَ هَذِهِ الْبِنْتُ الْبَاقِيَةُ ، فَتَأْخُذُ نِصْفَهُ ، فَيَكُونُ لَهَا ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِ مَالِهَا .

وَأَمَّا الرُّبْعُ الْبَاقِي ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِمَا وَلَاءٌ لِمَوْلَى أُمَّهُمَا . . كَانَ لِبَيْتِ الْمَالِ ، وَإِنْ كَانَ عَلَيْهِمَا وَلَاءٌ لِمَوْلَى أُمَّهُمَا . . فَعَلَى قَوْلِ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى : يَكُونُ لِمَوْلَى أُمَّهُمَا .

وَعَلَى قَوْلِ أَبِي الْعَبَّاسِ : يَكُونُ لِبَيْتِ الْمَالِ .

فَإِنْ مَاتَتْ إِحْدَاهُمَا قَبْلَ أَبِيهَا . . كَانَ مَالُهَا لِأَبِيهَا ، وَإِنْ مَاتَ الْأَبُ بَعْدَ ذَلِكَ . . كَانَ لِابْنَتَيْهِ الْبَاقِيَةُ سَبْعَةُ أَثْمَانِ الْمَالِ ، وَالثُّمْنُ لِبَيْتِ الْمَالِ ؛ لِأَنَّ لَهَا النِّصْفَ بِحَقِّ النَّسَبِ - وَهُوَ كَوْنُهَا بِنْتًا - وَلَهَا نِصْفُ الْبَاقِي بِحَقِّ وَلَايَتِهَا عَلَى الْأَبِ .

وَالرُّبْعُ الْبَاقِي : كَانَ يَكُونُ لِلْمَيْتَةِ بِحَقِّ وَلَايَتِهَا عَلَى الْأَبِ ، وَقَدْ جَرَّ الْأَبُ إِلَى ابْنَتِهِ الْحَيَّةِ بِنِصْفِ الْوَلَاءِ الَّذِي لَهَا عَلَيْهِ نِصْفٌ وَلَاءِ الْمَيْتَةِ ، فَاسْتَحَقَّتْ بِهِ نِصْفَ مَا كَانَ لَهَا - وَهُوَ : الثُّمْنُ - فَيَحْصُلُ لَهَا سَبْعَةُ أَثْمَانِ الْمَالِ ، وَالثُّمْنُ لِبَيْتِ الْمَالِ .

وَإِنْ تَزَوَّجَ عَبْدٌ لِرَجُلٍ بِمَعْتَقَةٍ لآخر فَأَوْلَدَهَا ابْنَتَيْنِ ، ثُمَّ اشْتَرَا أَبَاهُمَا . . فَإِنَّهُ يَعْتَقُ

عليهما . فإن مات الأب . . كان ماله لابنتيه : الثلثان بالنسب والباقي بالولاء . فإن مات إحدى الابنتين بعد ذلك . . فنقل المُنزِيُّ أَنَّهُ : ( يكون للباقية ثلاثة أرباع مالها ، والرُبُعُ لِمَوْلَى أُمِّهَا ) .

ونقل الربيع والبويطي : ( أَنَّ لَهَا سَبْعَةَ أَثْمَانِ الْمَالِ ) ، وأختلف أصحابنا فيها : فمنهم مَنْ قَالَ : الصحيح ما نقله المُنزِيُّ : أَنَّ لَهَا ثَلَاثَةَ أَرْبَاعِ الْمَالِ ، والرُبُعُ لِمَوْلَى الْأُمِّ . وما نقله الربيع فغلط في صورة المسألة وتابعة البويطي على ذلك .  
والمسألة التي يستحق فيها سبعة أثمان المال هي : إذا ماتت إحدى الابنتين أولاً ، ثم مات الأب بعد ذلك . . فإن للبنت الباقية سبعة أثمان المال ، وأما إذا مات الأب أولاً ، ثم ماتت إحدى الابنتين بعده . . فإن للباقية ثلاثة أرباع مالها ، والرُبُعُ لِمَوْلَى أُمِّهَا ؛ لِأَنَّ لَهَا نِصْفَ مَالِهَا بِكُونِهَا أُخْتًا ، وَلَهَا الرُّبْعُ بِمَا جَرَّهَ إِلَيْهَا الْأَبُ مِنْ وَلَاءِ الْمَيِّتَةِ ؛ لِأَنَّ وَلَاءَ مَوْلَى الْأُمِّ كَانَ ثَابِتًا عَلَيْهِمَا ، فَلَمَّا عَتَقَ الْأَبُ عَلَيْهِمَا . . جَرَّ إِلَى كُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا نِصْفَ وَلَاءِ أُخْتِهَا ، وَيَبْقَى لِمَوْلَى الْأُمِّ الرُّبْعُ بِمَا لَمْ يَجْرَهُ الْأَبُ عَنْ وَلَاءِ الْمَيِّتَةِ .

ومنهم مَنْ قَالَ : فيها قولان :

أحدهما : تَرِثُ الْإِبْنَةُ الْبَاقِيَةَ ثَلَاثَةَ أَرْبَاعِ مَالِ الْمَيِّتَةِ ، والرُّبْعُ لِمَوْلَى الْأُمِّ ؛ لِمَا ذَكَرْنَاهُ .

والثاني : تَرِثُ الْبَاقِيَةُ سَبْعَةَ أَثْمَانِ مَالِ الْمَيِّتَةِ ؛ لِأَنَّهَا تَرِثُ نِصْفَ مَالِهَا بِكُونِهَا أُخْتًا ، وَتَرِثُ نِصْفَ الْبَاقِي - وَهُوَ : الرُّبْعُ - بِمَا جَرَّ الْأَبُ إِلَيْهَا مِنْ وَلَاءِ أُخْتِهَا ، وَتَرِثُ نِصْفَ الْبَاقِي - وَهُوَ : الثُّمْنُ - لِأَنَّهَا مَوْلَاةٌ لِعَصْبَةِ الْمَيِّتَةِ ، وَهُوَ الْأَبُ .

فيحصل الخلاف بين هذا القول والقول الذي قبله ، في أَنَّهَا هَلْ تَرِثُ لِكُونِهَا مَوْلَى الْعَصْبَةِ ، أَمْ لَا ؟ فعلى الأول : لَا تَرِثُ . وعلى الثاني : تَرِثُ بِهِ .

وعلى قول أبي العباس : أَنَّ الْأَبَ يَجُرُّ عَنْ مَوْلَى الْأُمِّ جَمِيعَ وَلَاءِ الْإِبْنَتَيْنِ ، فَالْقَدْرُ الَّذِي جَعَلْنَاهُ عَلَى الْقَوْلَيْنِ الْأَوَّلَيْنِ لِمَوْلَى الْأُمِّ يَكُونُ لِبَيْتِ الْمَالِ .

فرعٌ : [شقيقتان اشترت إحداهما الأب والأخرى الأم] :

قال القاضي أبو الطيب : ولو أنَّ أُختين لأبٍ وأمٍّ لا ولاءَ عليهما ، اشترت إحداهما أباهما ، واشترت الأخرى أمهما . . يعتق على كل واحدة منهما ما اشترت .

فإن مات الأب وورثت أبناته بالنسب الثلثين ، والباقي للتي أعتقتُ منهما . فإن كانت أمهما زوجة له . . ورثت معهما الثمن ، وإن لم تكن زوجة له . . فلا ميراث لها معهما<sup>(١)</sup> .

وإن مات الأم بعد ذلك . . كان لابنتيها الثلثان بالنسب ، والباقي للتي أعتقتها . فإن ماتت بعد ذلك البنت التي أعتقت الأم . . كان للباقية النصف بالنسب ، والباقي لها ميراثاً بالولاء على أبيها ؛ لأنَّ ثبوت الولاء الذي لها على أبيها ، يثبت على ولده . وإن كانت الميتة معتقة الأب . . كان لمعتقة الأم النصف لكونها أختاً ، والباقي لها أيضاً ؛ لأنها معتقة أمها ، ومولاة أمها مولاتها إذا لم يكن عليها ولاءٌ من جهة معتقها . وعلى قول أبي العباس : أنَّ ولاءَ مولى الأم يبطل ، فيكون الباقي لبيت المال .

فرعٌ : [تزوج معتقة لآخر فأتت بولد فهو حرٌّ] :

إذا تزوج عبدٌ لرجلٍ بمعتقة لآخر فأتت منه بولد . . فإنَّ الولد يكون حرّاً وولاءُهُ لمولى أمِّه .

فإنَّ كاتبَ السيّد عبده ، ثمَّ اختلفَ مولى المكاتب ومولى الولد ، فقال مولى المكاتب : قد أدّى إليّ كتابته فعتق وجرّ إليّ ولاءَ ولده ، وقال مولى الأم<sup>(٢)</sup> : لم يؤدِّ إليك ، ولم يعتق فولاءُ الولد باقٍ لي ، فإنَّ كان هذا الاختلافُ في حياة المكاتب وقبل موت الولد . . حكم بحريّة المكاتب بإقرار سيّده ، ولا يفتقر إلى بينة ولا يمين .

(١) في (م) : (معها) .

(٢) في (م) : (الولد) .

وإن كان هذا الاختلاف بعد موت المكاتب أو بعد موت الولد ، فإن كان مع مولى المكاتب بينة على الأداء قبل الموت . . حكم له بولاء الولد ، ويُقبل في ذلك شاهد وأمرأتان ، وشاهد ويمين ؛ لأنه بينة على المال .

وإن لم يكن معه بينة . . فالقول قول مولى الولد مع يمينه ؛ لأننا تيقنا رِقَّ المكاتب وثبوت الولاء على الولد لمولى أمه . . فلا ينتقل عنه إلا بيقين .

قلت : والذي يقتضي المذهب : أن مولى الأم يحلف أنه ما يعلم أن المكاتب قد أدّى جميع مال الكتابة ؛ لأنها يمين على نفي فعل الغير ، فكانت على نفي العلم .

والله أعلم بالصواب ، وبالله التوفيق

\* \* \*





## المحتوى

### كتاب اللقيط

٨	..... مسألة : حرية اللقيط
٩	..... - فرع : اللقيط ومعه مال
١١	..... مسألة : الناس ضربان من حيث التكليف
١٤	..... - فرع : الإشهاد على أخذ اللقيط
١٤	..... مسألة : الإنفاق على اللقيط
١٨	..... مسألة : ثبوت الولاية على اللقيط
٢٠	..... مسألة : تنازع واجدان حضانة لقيط
٢١	..... - فرع : تنازل أحد الواجدين عن الحضانة للآخر
٢٢	..... مسألة : ادعى رجلان من أهل الحضانة لقيطاً
٢٣	..... مسألة : ادعى الملتقط ابناً فيلحقه
٢٤	..... - فرع : ادعاء المسلم وغيره نسب لقيط
٢٦	..... مسألة : دعوة المرأة
٢٧	..... مسألة : ادعاء بنوة لقيط
٢٩	..... - فرع : ادعاء نسباً له فترجحه القافة
٣٢	..... - فرع : ذكر علامة من أحدهما لا تقدمه
٣٢	..... - فرع : ادعاء ولادة لقيط
٣٤	..... - فرع : ادعاء رجل وامرأة لقيطاً
٣٤	..... مسألة : أشتركا بوطء وجاء ولد
٣٥	..... مسألة : اعتبار قول قائف

٣٦	- فرعٌ : عدالة القائف
٣٧	- فرعٌ : كيف يُلحق القائف
٣٨	- فرعٌ : اختلف قول القافة
٣٨	- فرعٌ : عرض الميت على القافة
٣٩	- فرعٌ : ادعاء غائب نسب مجهول
٤٠	مسألةٌ : ادعاء رجل أن الملتقط عبده
٤١	مسألةٌ : الصبي يتبع في الإسلام أحد أبويه
٤٤	مسألةٌ : جناية اللقيط
٤٦	مسألةٌ : قذف اللقيط
٤٧	مسألةٌ : قبول قول اللقيط بأنه رقيق
٥١	- فرعٌ : جناية اللقيط عمداً
٥٢	- فرعٌ : إقرار اللقيط بالرق
٥٣	- فرعٌ : ادعاء رجل عبودية اللقيط

## كتاب الوقف

٦٠	مسألةٌ : وقف ما تثبت عينه
٦٢	- فرعٌ : وقف العين غير الثابتة
٦٢	- فرعٌ : الوقف في شيء معين
٦٣	- فرعٌ : وقف المشاع
٦٣	مسألةٌ : الوقف فيما فيه طاعة
٦٤	- فرعٌ : الوقف على ذمي
٦٥	- فرعٌ : الوقف على بهيمة رجل
٦٦	مسألةٌ : وقف على نفسه ثم الفقراء
٦٧	- فرعٌ : التحبيس على الولد بشرط
٦٧	مسألةٌ : الوقف المعلق أو على التخيير

- ٦٨ ..... مسألة : الوقف على أحوال
- ٧٢ ..... - فرع : وقف داره على اثنين ولم يذكر من بعدهما
- ٧٢ ..... - فرع : لم يذكر الموقوف عليه
- ٧٣ ..... مسألة : يشترط للوقف القول
- ٧٤ ..... - فرع : يلزم الواقف للمسجد والمقبرة أن يتلفظ بذلك
- ٧٤ ..... مسألة : صحة الوقف تزيل الملك
- ٧٦ ..... - فرع : وطء الجارية الموقوفة
- ٧٧ ..... مسألة : تلف الموقوف
- ٧٨ ..... - فرع : وطء الواقف أو الأجنبي بشبهة
- ٧٩ ..... - فرع : جناية العبد الموقوف
- ٨٠ ..... مسألة : تعليق الوقف على شرط مستقبل
- ٨١ ..... - فرع : وقف شيئاً على جماعة فقراء
- ٨١ ..... - فرع : وقف على رجل دابة للركوب دون نتائجها
- ٨٢ ..... - فرع : الوقف في سبيل الله للغزاة
- ٨٢ ..... - فرع : الوقف على وجوه البر
- ٨٢ ..... - فرع : الوقف على العلماء
- ٨٣ ..... - فرع : وقف ضيعة لحقوق وتبعات
- ٨٣ ..... مسألة : الوقف على الأولاد يدخل الجميع
- ٨٣ ..... - فرع : الوقف على أولاد أولاده
- ٨٥ ..... - فرع : الوقف على النسل
- ٨٥ ..... - فرع : الوقف على جنس من الأولاد
- ٨٦ ..... مسألة : الوقف على أولاده وأولاد أولاده مرتباً ومشتركاً
- ٨٨ ..... - فرع : وقف كيلاً ما على أولاد بناته والباقي للذكور
- ٨٨ ..... - فرع : الوقف على أولاده ثم للفقراء بعدهم
- ٨٩ ..... مسألة : الوقف على الأقرباء يكون من طرفي الأبوين
- ٩٢ ..... - فرع : الوقف على أقرب الناس رحماً

- فرغ : الوقف على جماعة من أقرب القرابة ..... ٩٤
- فرغ : الوقف على أهل بيته ..... ٩٥
- مسألة : الوقف في مرض الموت ..... ٩٥
- فرغ : وقف داره على ابنه وابنته ..... ٩٦
- مسألة : وقف على الموالى ..... ٩٦
- مسألة : وقف على جماعة فمات أحدهم وله ولد ..... ٩٧
- مسألة : وقف مسجداً لفئة ..... ٩٨
- فرغ : وقف نخلة فيست أو مسجداً فتلف منه شيء ..... ٩٩
- فرغ : وقف على ثغر فبطل ..... ١٠٠
- مسألة : احتياج الوقف إلى نفقة ..... ١٠٠
- مسألة : النظر في الوقف ..... ١٠٠
- مسألة : وقف على أولاده أرضاً بأيديهم ..... ١٠١
- فرغ : أرض بعضها وقف والآخر طلق ..... ١٠١
- مسألة : أشياء كانت في الجاهلية ..... ١٠٢

## كتاب الهبة

- مسألة : قبول الهبة والهدية ..... ١١٢
- مسألة : لزوم الهبة بالقبض ..... ١١٤
- فرغ : القبض قبل الإيجاب والقبول ..... ١١٥
- فرغ : رجوع الواهب قبل الإقباض ..... ١١٦
- فرغ : موت الواهب قبل الإقباض ..... ١١٧
- فرغ : أذن بالقبض ثم مات ..... ١١٨
- فرغ : وهبه وأقبضه ثم نكل ..... ١١٨
- فرغ : كساه ولم يرد الهبة ..... ١١٨
- مسألة : ما صحَّ هبة كله صحَّ هبة بعضه ..... ١١٩



- فرعٌ : الهبة لرجلين ..... ١٢٠
- فرعٌ : ما لا يصح بيعه لا تصح هبته ..... ١٢١
- فرعٌ : هبة العين المؤجرة ..... ١٢١
- فرعٌ : تعليق الهبة على شرط مستقبل ..... ١٢٢
- مسألةٌ : يقبل الهبة للصبي وليه ..... ١٢٢
- فرعٌ : الهبة للغائب لا يقبضها الوكيل ..... ١٢٣
- مسألةٌ : رجوع الأصل في هبته لفرعه ..... ١٢٤
- فرعٌ : الصدقة على الولد ..... ١٢٦
- فرعٌ : وهب الولد فمات فورثه ابنه ..... ١٢٦
- فرعٌ : وهب لولده فأفلس وحجر عليه ..... ١٢٧
- فرعٌ : زيادة الهبة في يد الولد ..... ١٢٨
- فرعٌ : وهب ولده عيناً فأتلفها ..... ١٢٩
- فرعٌ : جناية العبد الموهوب في يد الابن ..... ١٣٠
- فرعٌ : أرتجاع الموهوب من الولد ..... ١٣٠
- مسألةٌ : الواهبون على ثلاثة أضرب ..... ١٣١
- فرعٌ : اختلفا على طلب البدل ..... ١٣٦
- بابُ العُمري والرُقبي ..... ١٣٧
- فرعٌ : فيمن أعمره داره ..... ١٤٠
- مسألةٌ : ما يعطى على سبيل الرقبي ..... ١٤٠
- فرعٌ : تعطى العمرى من الثلث ..... ١٤٢
- مسألةٌ : صحة إبراء صاحب الدين ..... ١٤٢

## كتابُ الوَصَايَا

- مسألةٌ : الناظر لا يزوج ..... ١٥٠
- فرعٌ : الوصية بالدين والحج والكفارة ..... ١٥١

- مسألة : الوصية بالثلث ..... ١٥١
- مسألة : الوصية بأكثر من الثلث ..... ١٥٦
- فرع : إجازة الورثة الوصية بعد الموت ..... ١٥٨
- فرع : اختلفا بعد إجازة الوصية لكثرتها ..... ١٥٨
- فرع : الوصية للوارث بقدر الإرث ..... ١٥٩
- فرع : وقت اعتبار قيمة الثلث ..... ١٥٩
- مسألة : وصية الصغير والسفيه بقربة ..... ١٦٠
- مسألة : فساد الوصية بما فيه معصية ..... ١٦١
- فرع : وصى ببيع فيه محاباة ..... ١٦٢
- مسألة : الوصية للقاتل ..... ١٦٢
- فرع : قتل أم ولد مولاهما ..... ١٦٣
- مسألة : الوصية ممن يملك ..... ١٦٣
- فرع : الوصية لحمل امرأة ..... ١٦٤
- فرع : الوصية للحمل تشمل الجنسين ..... ١٦٥
- فرع : قدر الوصية لنوع المولود ..... ١٦٧
- مسألة : الوصية لأحد شخصين ..... ١٦٧
- مسألة : الوصية لعبد غير وارثه ..... ١٦٨
- فرع : الوصية لعبد وارثه أو مكاتبه أو أم ولده ..... ١٦٨
- مسألة : الوصية بالمجهول ..... ١٦٩
- فرع : الوصية بالمنافع ..... ١٧٠
- فرع : وصى له بشيء من ريع ثم وقف المورد ..... ١٧٠
- مسألة : تعليق الموصي على شرط في حياته ..... ١٧١
- مسألة : إيجاب قول الموصي في الوصية ..... ١٧١
- فرع : رد الموصى له الوصية ..... ١٧٣
- فرع : الرجوع في قبول الوصية ..... ١٧٤
- فرع : رد الوصية إلى وارث ..... ١٧٤

- ١٧٤ ..... - فرغ : موت الموصي لحمل
- ١٧٥ ..... مسألة : موت الموصي له قبل الموصي
- ١٧٦ ..... مسألة : وصية مالك الأمة بها لزوجها
- ١٧٩ ..... - فرغ : موت الموصي ثم الموصي له قبل القبول
- ١٨٠ ..... - فرغ : وصي بأمة لمن له ابن منها فماتا
- ١٨١ ..... - فرغ : الوصية للمبعض
- ١٨٢ ..... - فرغ : الوصية لعبد رجل
- ١٨٣ ..... - فرغ : الوصية لعبد
- ١٨٤ ..... باب ما يُعتبر من الثلث
- ١٨٩ ..... - فرغ : غلبة خروج الدم والبلغم ونحوهما
- ١٩٠ ..... - فرغ : الطاعون مرض مخوف
- ١٩١ ..... - فرغ : حمل المرأة ليس بمخوف
- ١٩٢ ..... - فرغ : صفة الحرب المخوفة
- ١٩٣ ..... مسألة : تبرعات الثلث وأكثر منجزة ومؤخرة
- ١٩٦ ..... - فرغ : ينفذ تعليق عتق مشروط إن احتمله الثلث
- ١٩٨ ..... - فرغ : تعلق العتق بمرض الموت على صفة
- ١٩٩ ..... - فرغ : علق في مرض موته عتق عبده على شراء
- ١٩٩ ..... - فرغ : وصي بقضاء دينه أو أن يحج عنه من الثلث
- ٢٠١ ..... مسألة : الوصية بثلاث عين من المال
- ٢٠٢ ..... مسألة : وصي بثلاث ماله ، وهو حاضر وغائب
- ٢٠٣ ..... - فرغ : له ستون درهماً وأوصى بثلاث العين منها
- ٢٠٤ ..... - فرغ : وصي بالثلث ، وترك عشرة عيناً وعشرة ديناً وابناً
- ٢٠٥ ..... مسألة : اعتبار الثلث فيمن أوصى بمنفعة عبده أو داره
- ٢٠٦ ..... - فرغ : الوصية بثمرة البستان
- ٢٠٧ ..... - فرغ : أوصى له بلبن شاة وصوفها

٢٠٧	مسألة : أعتق في مرضه أمة حاملاً .....
٢٠٩	- فرع : أوصى بجارية حبلى .....
٢٠٩	- فرع : أوصى بحمل جارية .....
٢١٠	- فرع : قال إذا مت فانت حرة أو ما في بطنك .....
٢١١	- فرع : أعتق في مرض موته عبداً قيمته مئة وله مئتان غائبتان .....
٢١٣	- فرع : أعتق عبداً لا مال له غيره .....
٢١٤	مسألة : نكاح الرجل في مرض الموت .....
٢١٦	- فرع : أعتق في مرضه المخوف أمة .....
٢١٧	- فرع : أعتق أمته في مرضه المخوف وتزوجها قبل برئه .....
٢٢٠	- فرع : أعتق أم ولده في مرض موته ثم تزوجها بمهر مثلها .....
٢٢٠	- فرع : أعتق في مرض موته جارية على أن تتزوج به .....
٢٢٠	- فرع : أعتقت في مرض موتها عبداً ثم تزوجته .....
٢٢١	- فرع : تزوج في مرض موته بأكثر من مهر المثل .....
٢٢٢	مسألة : شراء وبيع من في مرض الموت .....
٢٢٢	- فرع : شراء من يعتق عليه في مرض موته .....
٢٢٤	- فرع : ورث من يعتق عليه بالملك في مرض موته .....
٢٢٥	- فرع : وهب له من يعتق عليه في مرض موته .....
٢٢٧	باب جامع الوصايا .....
٢٢٨	مسألة : أوصى لقراء القرآن .....
٢٢٨	- فرع : أوصى لأعقل الناس .....
٢٢٨	- فرع : أوصى لمسجد أو سقاية .....
٢٢٩	مسألة : أوصى للأيتام .....
٢٢٩	- فرع : أوصى للأرامل .....
٢٢٩	مسألة : أوصى للشيوخ .....
٢٣٠	مسألة : أوصى للفقراء والمساكين .....

- فرعٌ : أوصى لغير الفقراء والمساكين ممن يستحق الزكاة ..... ٢٣١
- فرعٌ : أوصى لمعين من الفقراء ..... ٢٣١
- فرعٌ : وصى لزيد بدينار ..... ٢٣٢
- مسألةٌ : الوصية لقبيلة ..... ٢٣٣
- فرعٌ : الوصية بالثلث دون تعيين ..... ٢٣٣
- مسألةٌ : ضع ثلثي فيما أراك الله ..... ٢٣٣
- مسألةٌ : وصى لزيد وملك ..... ٢٣٤
- فرعٌ : أوصى لعقب زيد ..... ٢٣٥
- فرعٌ : الوصية لدابة فلان ..... ٢٣٦
- مسألةٌ : أوصى لرجل بقسط من ماله ..... ٢٣٧
- مسألةٌ : أوصى لرجل بمثل نصيب وريثه الوحيد ..... ٢٣٧
- فرعٌ : أوصى بمثل نصيب أخته الوحيدة ..... ٢٣٨
- فرعٌ : وصى بنصيب ابنين ..... ٢٣٩
- فرعٌ : أوصى بمثل نصيب أحد أبنائه ..... ٢٣٩
- مسألةٌ : أوصى له بضعف نصيب أحد الورثة ..... ٢٤٠
- فرعٌ : الوصية لجماعة بوصايا مختلفة ..... ٢٤١
- مسألةٌ : وصى لرجل بنصف ماله وآخر بثلثه ..... ٢٤١
- فرعٌ : وصى لرجل بنصف وآخر بثلث وآخر بربع ..... ٢٤٢
- فرعٌ : أوصى بمثل نصيب ابنه ثم لآخر بمثل نصيبه ..... ٢٤٢
- فرعٌ : أوصى بثلث ماله لأجنبي ولوارث ..... ٢٤٣
- مسألةٌ : أوصى لفلان برفيق ..... ٢٤٧
- مسألةٌ : وصى بعق أحد رقيقه ..... ٢٤٨
- فرعٌ : أوصى بعبد قيمته مئة ولا مال له غيره ..... ٢٤٩
- فرعٌ : أوصى بشراء عبد وعتقه بماله ثم وجد دين مستغرق ..... ٢٥٠
- فرعٌ : أوصى بعق رقاب ..... ٢٥٠
- مسألةٌ : كاتب أو أوصى بالمكاتبة عند موته ..... ٢٥٢



- مسألةٌ : أوصى بشاة لرجل ..... ٢٥٢
- فرغٌ : أوصى بذكر فلا يعطى أنثى ولا عكسه ..... ٢٥٣
- مسألةٌ : أوصى بدابةٍ ..... ٢٥٤
- فرغٌ : أوصى له بدابة وعنده غنم وبقر وإبل ..... ٢٥٥
- مسألةٌ : أوصى له بكلب ..... ٢٥٦
- فرغٌ : أوصى له بأحد كلابه ..... ٢٥٦
- مسألةٌ : أوصى بطبل ..... ٢٥٧
- فرغٌ : الوصية بدفٍ ..... ٢٥٨
- مسألةٌ : أوصى له بعود ..... ٢٥٨
- فرغٌ : الوصية بمزمار ..... ٢٥٩
- مسألةٌ : أوصى بقوس من قسيه ..... ٢٦٠
- مسألةٌ : إبراء المكاتب في مرض مخوف ..... ٢٦١
- مسألةٌ : الوصية بحطٍّ أكثر مال الكتابة ..... ٢٦٢
- فرغٌ : أوصى بأن يوضع عنه شيء ما ..... ٢٦٣
- مسألةٌ : كاتبه ثم أوصى بعتقه ..... ٢٦٤
- فرغٌ : أوصى بمال الكتابة لرجل وبرقبته إن عجز لآخر ..... ٢٦٥
- فرغٌ : كاتبه كتابة فاسدة ..... ٢٦٥
- مسألةٌ : يحرم بالحج الواجب الوصية من الميقات ..... ٢٦٦
- فرغٌ : أوصى بحجة ولم يعين الأجرة والأجير ..... ٢٦٨
- فرغٌ : وجب الحج عليه فأوصى لمن يحج عنه بمئة دينار ..... ٢٧٠
- مسألةٌ : أوصى بحج تطوُّع ..... ٢٧٠
- فرغٌ : وصَّى بثلثه للحجيج ..... ٢٧٢
- مسألةٌ : وصى بمئة لحجٍّ تطوع ..... ٢٧٢
- مسألةٌ : أوصى بعبد ولآخر بما بقي من الثلث ..... ٢٧٣
- مسألةٌ : أوصى بمنفعة عبد ..... ٢٧٤
- فرغٌ : وصَّى بمنفعة جارية ..... ٢٧٦

٢٧٨	- فرغ : بيع مالك الرقبة مع وجود المنفعة لغيره .....
٢٧٨	- فرغ : طلب مضاربة المال بعد الموت والربح نصفين .....
٢٧٩	- فرغ : أوصى بعتاء لجماعة .....
٢٨١	- فرغ : وهب أخاه في مرض موته فمات قبله .....
٢٨٤	مسألة : وهب جارية فأتت بزيادة من مهر أو كسب أو ولد .....
٢٨٦	- فرغ : وهب جارية عند موته لا مال له غيرها ثم وطئها .....
٢٩١	مسألة : وهب جارية في مرض موته .....
٢٩٦	باب الرجوع في الوصية .....
٢٩٦	مسألة : أوصى لرجل بثلث ونحوه ثم لآخر مثله .....
٢٩٧	- فرغ : وصى لرجل بشيء ثم قال : هو لآخر .....
٢٩٧	مسألة : أوصى بعبد ثم باعه .....
٢٩٨	- فرغ : أوصى بعبد ثم دبّره .....
٢٩٨	مسألة : زيادة الموصى به .....
٢٩٩	مسألة : خلط الموصي الطعام .....
٢٩٩	- فرغ : تصنيع الموصى به .....
٣٠٠	- فرغ : إزالة أسم العين الموصى بها .....
٣٠١	- فرغ : استعمال الموصى به .....
٣٠٢	- فرغ : وصى بمنفعة دار سنة ثم أجرها .....
٣٠٣	باب الأوصياء .....
٣٠٤	- فرغ : وصاية المرأة .....
٣٠٥	مسألة : شرائط الوصي تعتبر عند الموت .....
٣٠٦	مسألة : الوصية إلى اثنين .....
٣٠٩	- فرغ : توقيت مدّة الوصاية .....
٣١٠	مسألة : توكيل الوصي .....

- فرغ : عدم الإذن للوصي بأن يوصي ..... ٣١٠
- فرغ : يشترط قبول الوصي ..... ٣١٢
- مسألة : ما يقوم به الوصي ..... ٣١٣
- مسألة : ما يلحق الميِّت بعد الوفاة ..... ٣١٥
- فرغ : اختلاف الورثة والموصى له ..... ٣١٨

## كتاب العتق

- مسألة : عتق أحد الشريكين نصيبه ..... ٣٢٣
- فرغ : العبد المسلم بين مسلم وكافر ..... ٣٢٤
- فرغ : وقت عتق نصيب الشريك ..... ٣٢٤
- فرغ : استيلاد الجارية من أحد الشريكين ..... ٣٢٧
- فرغ : يدخل نصيب الشريك بالملك في التقويم ..... ٣٢٨
- مسألة : اختلاف الشريكين في قيمة العبد المعتق ..... ٣٢٨
- فرغ : وجود دين مستغرق على المعتق ..... ٣٣٠
- فرغ : تعليق الشريكين على شرط واحد ..... ٣٣٠
- فرغ : علق أحدهما عتقه بمدة قبل الموت وجعله الآخر حلاً ..... ٣٣١
- فرغ : توكيل أحد الشريكين في عتق نصيبه ..... ٣٣١
- فرغ : له شقصان في عتق أحدهما ثم الآخر ولا مال له ..... ٣٣٢
- مسألة : عتق بعض العبد عتق لكله ..... ٣٣٣
- فرغ : علق أحد الشريكين عتق نصيبه على بيع شريكه شقصه ..... ٣٣٤
- مسألة : شركاء في عبد عتق اثنان نصيبهما ..... ٣٣٤
- فرغ : عبد بين ثلاثة فشهد اثنان على الثالث بعتق نصيبه ..... ٣٣٦
- فرغ : رجوع الشاهدين عن قولهما : أعتق شقصاً ..... ٣٣٧
- مسألة : أعتق شقصين أحدهما بعد الآخر في مرض موته ..... ٣٣٧
- مسألة : يعتبر الثلث في عتق عبد بمرض موته ..... ٣٣٨

- فرغ : أوصى بعق شقصين من عبيدين ..... ٣٣٩
- فرغ : عتق نصيبه عند موته وأوصى بالباقي من ثلثه وكذا شريكه ..... ٣٤١
- فرغ : أعتق أحدهما نصيبه من حمل جاريتهما ..... ٣٤١
- مسألة : قال لعبده : وهبتك أو ملكتك نفسك ..... ٣٤٢
- فرغ : حلف بعقه فحنث ..... ٣٤٢
- فرغ : شهدا بعق عبد ورجعا ثم شهد آخران بعق غيره ..... ٣٤٣
- مسألة : أعتق عبداً بعينه ثم أشكل عليه أمر ..... ٣٤٣
- فرغ : أعتق واحداً من جماعة ولم يعينه ..... ٣٤٤
- فرغ : اختلاف قول الابن فيمن أعتق الأب في مرض موته ..... ٣٤٥
- فرغ : ترك ثلاثة بنين وثلاثة أعبد وأختلفوا في معتق ..... ٣٤٥
- فرغ : اختلاف قول الوارث والشهود في عين المعتق ..... ٣٤٦
- فرغ : اختلاف قول الشهود في عين المعتق ..... ٣٤٦
- فرغ : إن ولدت غلاماً فهو حر أو جارية فأنت حرة ..... ٣٤٨
- فرغ : علق العتق على الوطاء ..... ٣٤٨
- فرغ : تعليق العتق بدخول دار أولاً وآخرأ ..... ٣٥٠
- مسألة : ملك الأصول أو الفروع ..... ٣٥١
- فرغ : ولد الزنا لا يعتق ..... ٣٥٢
- فرغ : يعتق شقص من ذكر بالملك ..... ٣٥٢
- فرغ : الوصية والهبة بمن يعتق عليه ..... ٣٥٢
- فرغ : قبول الولي الوصية والهبة ..... ٣٥٣
- فرغ : وصى بجارية لزوجها فماتا وله ابن ..... ٣٥٤
- فرغ : استولد أمة ثم ملكها عتق ابنه منها ..... ٣٥٥
- فرغ : أوصى بأمة لابنها من غيره وله ابن منها ..... ٣٥٥
- فرغ : أوصى له بما يعتق عليه ..... ٣٥٦
- فرغ : اشترى الأمة الحامل زوجها وابنها الحر ..... ٣٥٧
- فرغ : أسر المسلم أباه الحربي ..... ٣٥٨

- فرغٌ : قال لأحد عبديه أحذكم حر على ألف ..... ٣٥٩
- فرغٌ : اختلف إخوة في ملك جارية وولدها ..... ٣٥٩
- فرغٌ : علق عتق عبده على حَجَّه العام ..... ٣٦٠
- فرغٌ : أعتق في مرض موته عبداً فزادت قيمته قبل موته ..... ٣٦٣
- فرغٌ : وهب في مرض موته وأقبضه فمات العبد ..... ٣٦٤
- فرغٌ : أعتق عبداً في مرض موته فماتا ..... ٣٦٤
- فرغٌ : أعتق جارية فوطئها قبل موته ..... ٣٦٧
- مسألةٌ : أعتق في مرض موته عبيدين ..... ٣٦٨
- فرغٌ : أعتق ثلاثة أعبد في مرض موته ..... ٣٦٩

### بابُ القرعة ..... ٣٧٣

- مسألةٌ : أعتق ثلاثة قيمتهم سواء فمات أحدهم ..... ٣٧٧
- فرغٌ : أعتق ثلاث إماء ولا مال أقرع بينهم ..... ٣٧٨
- فرغٌ : ظهر ماله بعد إعتاقه ستة في مرض موته ..... ٣٧٨
- مسألةٌ : ظهر دين مستغرق وكان أعتق عبداً في مرض موته ..... ٣٧٨
- فرغٌ : أعتق ثلاثة قيمتهم ثلاث مئة ولا مال غيرهم وأكتسب أحدهم مئة ..... ٣٨٠
- فرغٌ : أعتق ستة أعبد ولا مال غيرهم فأقرع بينهم ..... ٣٨٠

### بابُ المُدَبَّر ..... ٣٨٢

- مسألةٌ : تدبير المجنون والصبي والسفيه ..... ٣٨٤
- مسألةٌ : التدبير المطلق والمقيّد ..... ٣٨٥
- فرغٌ : ألفاظ لا يقطع بالعتق فيها ..... ٣٨٦
- فرغٌ : تعليق العتق على مشيئة العبد ..... ٣٨٦
- فرغٌ : تعليق التدبير بمشيئة العبد بعد موت السيد ..... ٣٨٧
- مسألةٌ : علق عتقه ثمّ دبره ، أو العكس ..... ٣٨٩
- مسألةٌ : دبر أحد الشريكين نصيبه ..... ٣٨٩



- فرغ : تدبير بعض العبد ..... ٣٩٠
- فرغ : دبرا عبدهما معاً ..... ٣٩١
- مسألة : جواز بيع المدبر ..... ٣٩٢
- فرغ : للسيد اكتساب المدبر وأستخدامه ..... ٣٩٣
- فرغ : جناية المدبر ..... ٣٩٤
- مسألة : دبر أمته فأتت بولد ..... ٣٩٥
- فرغ : دبر الأمة وهي حامل ..... ٣٩٦
- فرغ : وطء المدبر الجارية الموهوبة له ..... ٣٩٦
- مسألة : جواز رجوع السيد بالتدبير ..... ٣٩٧
- فرغ : تدبير الحمل دون الجارية ..... ٣٩٨
- فرغ : يتبع الولد الحادث الأم في التدبير ..... ٣٩٩
- فرغ : تدبير الصبي والسفيه ..... ٣٩٩
- مسألة : الردة لا تبطل التدبير ..... ٤٠٠
- فرغ : ردّة العبد لا تبطل التدبير ..... ٤٠١
- مسألة : تدبير الكافر ..... ٤٠١
- مسألة : يرد جحود التدبير بعدلين ..... ٤٠٢
- فرغ : دبر أمة ومات ولها ولد فاختلفوا ..... ٤٠٣
- مسألة : تعليق العتق على صفة كالتدبير ..... ٤٠٤
- فرغ : علّق عتقها على صفة ثم حملت وولدت ..... ٤٠٥
- فرغ : علّق العتق إلى ما بعد موته بعشر سنين ..... ٤٠٥
- فرغ : تعليق العتق يمنع الفسخ ..... ٤٠٦
- فرغ : دبر عبيدين يزيدان عن الثلث فيقرع بينهما ..... ٤٠٦

## كتاب المكاتب

- مسألة : يشترط في المكاتب الاكتساب والأمانة ..... ٤١١
- فرغ : لا يكاتب من لا يكتسب ..... ٤١٣

- مسألة : أشتراط قول السيد إن أديت فأنت حر ٤١٣
- مسألة : مكاتبة أحد الشريكين ٤١٤
- فرغ : مكاتبة من بعضه حر ٤١٥
- فرغ : وصى بمكاتبة عبده ٤١٥
- مسألة : الكتابة على مال مؤجل بنجمين أو أكثر ٤١٧
- فرغ : المكاتبة على عمل ٤١٨
- فرغ : المكاتبة على خدمة شهر ومال بعده ٤١٩
- فرغ : كاتبه على دينار بعد شهر ودينارين بعد شهرين ٤٢٠
- مسألة : كاتب عشرين أو ثلاثة على مئة درهم ٤٢٠
- مسألة : الشريكان في العبد يكاتبانه على قدر نصيبهما ٤٢٢
- فرغ : الكتابة على شرط فاسد أو مستقبل ٤٢٢
- مسألة : لزوم الكتابة من جهة السيد ٤٢٢
- فرغ : موت السيد لا يبطل الكتابة ٤٢٣
- مسألة : مكاتبة الذمي عبده الكافر ٤٢٤
- مسألة : مكاتبة الحربي عبده ٤٢٥
- فرغ : مكاتبة المسلم عبده الكافر ٤٢٦
- مسألة : مكاتبة المرتد عبده ٤٢٦
- فرغ : ارتداد العبد وقت مكاتبته ٤٢٨
- باب ما يملكه المكاتب وما لا يملكه ٤٢٩
- مسألة : مال المكاتب محجور عليه ٤٢٩
- فرغ : ليس للمكاتب أن يكفر بالمال ٤٣٠
- فرغ : المكاتب لا يبيع نسيئة ٤٣١
- فرغ : المكاتب يأخذ للقراض والقرض ولا عكس ٤٣١
- فرغ : لا تصح هبة المكاتب ولو بزيادة منفعة ٤٣١
- فرغ : شراء المكاتب من يعتق عليه ٤٣٢

- ٤٣٣ ..... - فرعٌ : المكاتبُ لا يعتق ولا يكاتبُ
- ٤٣٤ ..... - فرعٌ : هبة المكاتب أو محاباته لسيده
- ٤٣٤ ..... - فرعٌ : لا يتزوج المكاتب إلا بإذن سيده
- ٤٣٥ ..... - فرعٌ : سفر المكاتب بالمال
- ٤٣٥ ..... مسألةٌ : حرمة وطء المكاتبه
- ٤٣٧ ..... - فرعٌ : كاتب أمة وشرط وطأها
- ٤٣٧ ..... مسألةٌ : لا يطأ الشريكان مكاتبتيهما
- ٤٤٠ ..... - فرعٌ : كاتباً جارية ثم جامعها
- ٤٤٤ ..... - فرعٌ : كاتباً أمة ثم وطئها ، وأتت بولدين
- ٤٥٠ ..... مسألةٌ : لا يتبع ولد المكاتبه أمه
- ٤٥٣ ..... - فرعٌ : ولد المكاتبه جارية
- ٤٥٤ ..... - فرعٌ : ولد ولد المكاتبه
- ٤٥٤ ..... مسألةٌ : حبس المكاتب ومنعه عن التصرف
- ٤٥٤ ..... - فرعٌ : أخذ الأعداء المكاتب لا يمنع الملك
- ٤٥٥ ..... مسألةٌ : إيتاء السيد شيئاً للمكاتب
- ٤٥٨ ..... - فرعٌ : أداء مال الكتابة قبل حلول الأجل
- ٤٥٩ ..... - فرعٌ : قول السيد رقيقى أحرار
- ٤٦١ ..... بابُ الأداء والعجز
- ٤٦٢ ..... مسألةٌ : إبراء أحد المكاتبين
- ٤٦٢ ..... - فرعٌ : لا تنسخ الكتابة بموت السيد
- ٤٦٥ ..... - فرعٌ : يدفع المكاتب للسيد معاً
- ٤٦٧ ..... مسألةٌ : قبض السيد مال المكاتبه قبل الحلول
- ٤٦٨ ..... - فرعٌ : كاتبه على مال في بلد
- ٤٦٩ ..... - فرعٌ : كاتبه على ألف في نجمين فعجل أحدهما
- ٤٦٩ ..... مسألةٌ : لا يطالب المكاتب قبل الأجل

٤٧٠	- فرغ : إنظار السيد للمكاتب
٤٧١	- فرغ : حلول أجل المال والمكاتب غائب
٤٧٢	- فرغ : أسر المكاتب
٤٧٣	- فرغ : جنون المكاتب
٤٧٤	- فرغ : كاتبه على دنائير فلا يكفي دراهم
٤٧٤	- فرغ : قبول قول السيد في رفضه مال النجم بالبينة
٤٧٦	مسألة : ظهور عيب بالمال بعد الحكم بالعتق
٤٧٧	- فرغ : المكاتبه على خدمة مدة ومال
٤٧٧	- فرغ : كاتبه على عوض موصوف
٤٧٨	- فرغ : بيع النجوم مفسوخ
٤٧٩	مسألة : جناية المكاتب على طرف سيده
٤٨٢	مسألة : جناية المكاتب على أجنبي
٤٨٥	- فرغ : إقرار المكاتب بجناية
٤٨٦	- فرغ : جناية عبد المكاتب
٤٨٧	مسألة : اجتماع حقوق على المكاتب
٤٩٠	مسألة : الجناية على المكاتب
٤٩٢	باب الكتابة الفاسدة
٤٩٦	مسألة : يعتق المخبول ونحوه بأداء الكتابة
٤٩٧	مسألة : إبطال السيد المكاتبه إذا جزأها
٤٩٨	- فرغ : مكاتبه الشريك دون إذن شريكه
٥٠٠	مسألة : مكاتبه عبيد بعقد واحد
٥٠١	- فرغ : يؤدي من عتق عن جماعة المكاتبين
٥٠٣	باب اختلاف المولى والمكاتب
٥٠٤	مسألة : قبول قول السيد بيمينه على عدم أهليته عند المكاتبه

- فرغ : ثبوت المكاتب بشاهدين ..... ٥٠٥
- مسألة : ادعاء المكاتب دفع مال الكتابة أو الإبراء ..... ٥٠٧
- فرغ : كاتبه على دنائير وأبراه من دراهم ..... ٥٠٧
- مسألة : علق إقراره بالقبض بالمشيئة ..... ٥٠٧
- مسألة : يوقف ولد المكاتب حتى يعرف وقت ولادته ..... ٥٠٨
- فرغ : شراء المكاتب زوجته الأمة ..... ٥٠٩
- مسألة : إقرار السيد استيفاء ما على أحد مكاتبته ..... ٥٠٩
- مسألة : مكاتب ثلاثة بعقد على مئة ..... ٥١١
- مسألة : أدعاء المكاتب تأدية الكتابة لسيديه ..... ٥١٢
- فرغ : تزويج السيد ابنته من مكاتبه ..... ٥١٥
- فرغ : تدفع الكتابة لورثة السيد أو للوصي ..... ٥١٦

### كتاب عتق أمهات الأولاد

- مسألة : ما يصير الأمة أم ولد ..... ٥٢١
- مسألة : حكم أم الولد كالقنة ..... ٥٢٣
- مسألة : منزلة ولد أم الولد بمنزلتها ..... ٥٢٤
- فرغ : ملك الرحم المحرمة لا يحل وطأها ..... ٥٢٤
- مسألة : جناية أم الولد قبل موت السيد ..... ٥٢٦
- مسألة : ملك الولد الأمة يحرم على الأب وطأها ..... ٥٢٧
- فرغ : ملك الأب الأمة يحرمها على ولده ..... ٥٣١

### بابُ الولاء

- مسألة : الولاء لسائل العتق عنه ..... ٥٣٣
- فرغ : لمن الولاء لو كان المشتري العبد نفسه ..... ٥٣٤
- مسألة : الولاء للمسلم في عتقه الكافر ..... ٥٣٤
- فرغ : يبقى ولأ المعتق ولو صار حربياً ..... ٥٣٥



- ٥٣٥ ..... - فرعٌ : عتق حربي لحربي يثبت له الولاء
- ٥٣٦ ..... مسألةٌ : الولاء للمعتق
- ٥٣٦ ..... - فرعٌ : أعتق سائبة فله ولاؤه
- ٥٣٧ ..... - فرعٌ : لا يباع الولاء ولا يوهب
- ٥٣٧ ..... مسألةٌ : ثبوت الميراث للمولى المعتق
- ٥٣٩ ..... - فرعٌ : أنتقال الولاء لعصبات المولى
- ٥٤٤ ..... - فرعٌ : الولاء ينقسم على العصبات
- ٥٤٥ ..... - فرعٌ : يمنع الأسفل الأعلى
- ٥٤٥ ..... مسألةٌ : الولاء لمولى الأم المعتقة
- ٥٤٧ ..... - فرعٌ : تزوج معتق معتقة لآخر
- ٥٤٧ ..... - فرعٌ : تزوج بمعتقة لآخر فأولدها ففقد ثم عتق
- ٥٤٨ ..... - فرعٌ : تزوج عتيقة لآخر وأبوه مملوك
- ٥٤٩ ..... مسألةٌ : تزوج بأمة لآخر فأولدها
- ٥٤٩ ..... - فرعٌ : تزوج عبد بأمة آخر فعتقت
- ٥٥٠ ..... - فرعٌ : تزوج بمعتقة لآخر فأولدها ثم عتق
- ٥٥٠ ..... مسألةٌ : تزوج من لا ولاء له بمعتقة
- ٥٥١ ..... - فرعٌ : تزوج بحرة فأتت بولد فلا ولاء عليه
- ٥٥٢ ..... - فرعٌ : ثبوت الولاء لموالي الأم
- ٥٥٢ ..... - فرعٌ : ثبوت الولاء لمولى الأم
- ٥٥٣ ..... - فرعٌ : تزوج بمعتقة لآخر فأولدها فولده حرٌّ
- ٥٥٥ ..... - فرعٌ : تزوج بمعتقة فأتت ببنت ثم تزوجها آخر
- ٥٥٥ ..... - فرعٌ : كان مملوكاً لرجل وابنه لآخر فتزوج الأب معتقة الآخر
- ٥٥٦ ..... - فرعٌ : اشترتا أباهما فعتق
- ٥٥٨ ..... - فرعٌ : شقيقتان اشترتا إحداهما الأب والأخرى الأم
- ٥٥٨ ..... - فرعٌ : تزوج معتقة لآخر فأتت بولد فهو حرٌّ
- ٥٦١ ..... المحتوى